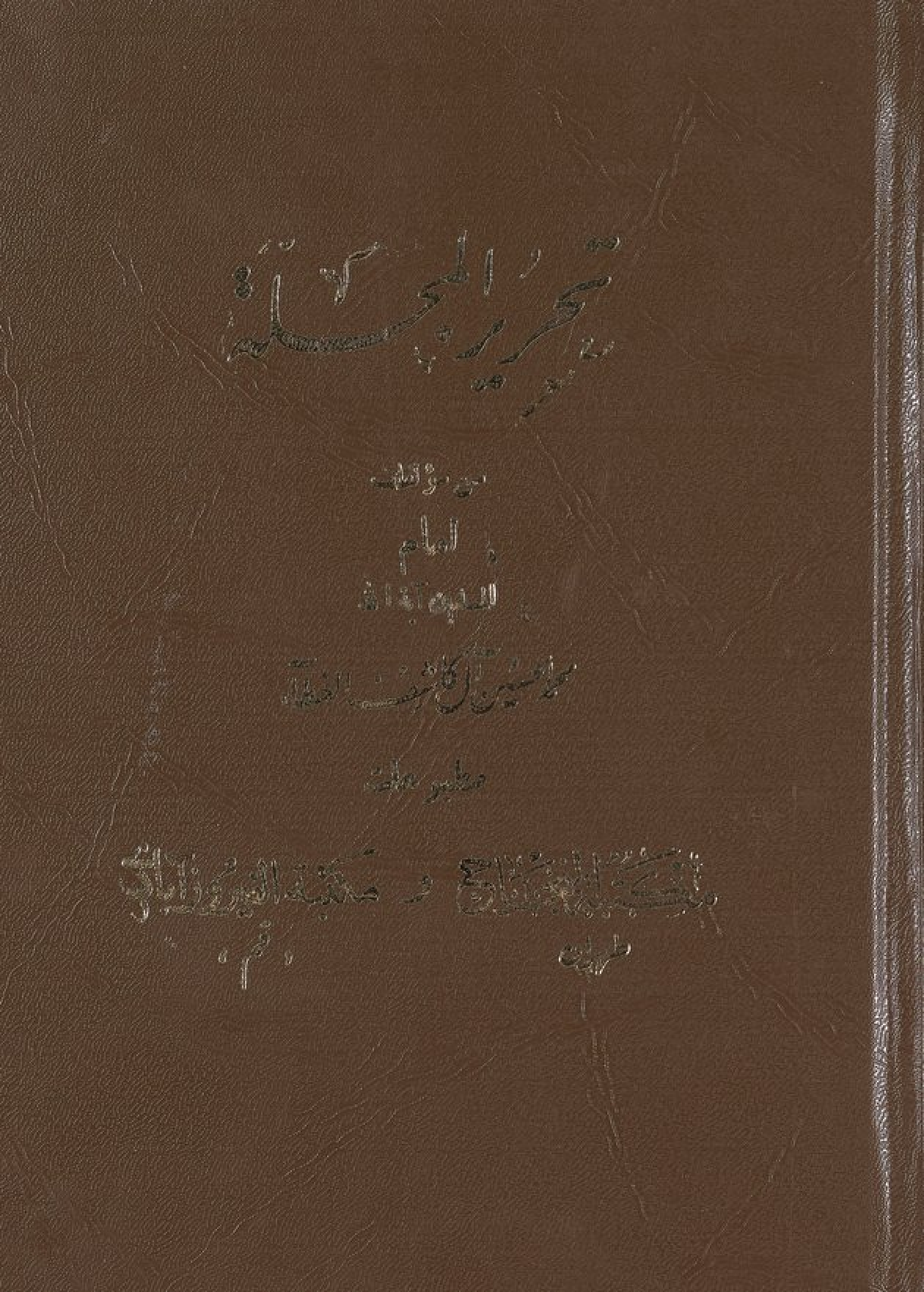
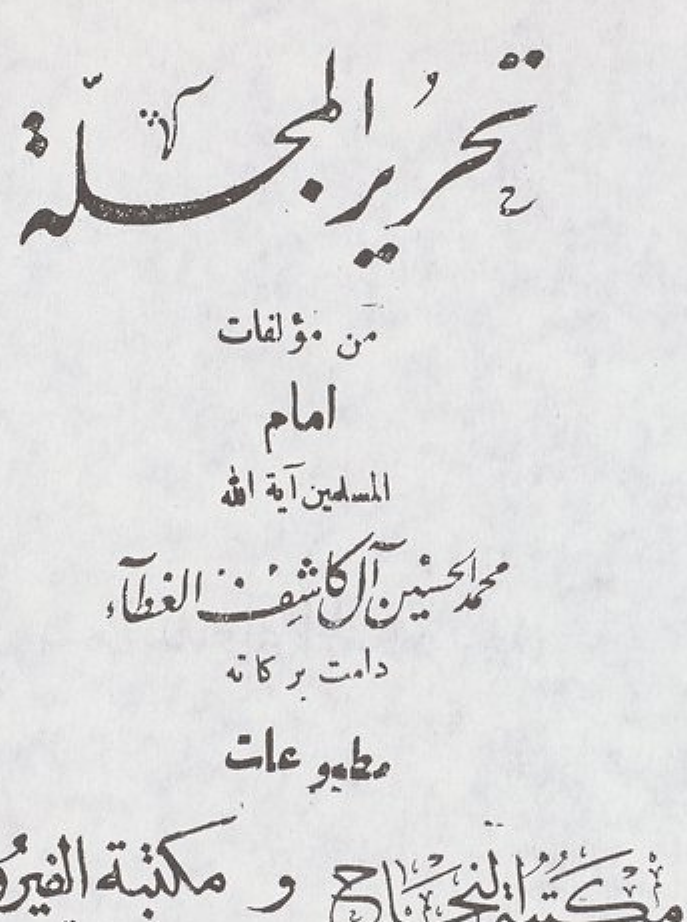

تحرير المجلة
من مؤلفات
الإمام
الشيخ آية الله
محمد الحسين آل كاشف الغطاء
مطبوعات
مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي
طهران
قم


PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
32101 007346123

M. Āl Kāshif al-Ghiṭā'



تحرير المجلة

من مؤلفات

امام

المسلمين آية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دامت بركاته

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران ، قم ،



المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية

النجف الأشرف العراق

سنة ١٣٦١ هـ

المجلد الثالث

بسم الله وله الحمد والمجد

الكتاب السادس

في الامانات

ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب

المقدمة

في بيان
« الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات »

« تمهيد مفيد »

اعلم ان كل انسان وقع في يده مال غيره فاما ان يكون استيلاؤه عليه باذن المالك ، أو باذن الشارع ، او بدون اذن واحد منهما ، والاول اما ان يكون لمصلحة المالك فقط أو لمصلحة القابض او لمصلحتهما ، ومن الاول الامانة بالمعنى الاخص وهي الوديعة التي هي القيام بحفظ مال الغير باذنه بغير جعل ولا فائدة ، ومن الثاني العاريه التي هي اباحة للانتفاع أو تمليك للمنفعة بغير عوض ، ومن الثالث الاجارة فانها لمنفعة المالك من حيث اخذ الاجرة ولمنفعة المستأجر من حيث استيفاء المنفعة وكل هذه تعد من الامانات ولكن بالمعنى الخاص وهى اعم من

الوديعة التي هي امانة بالمعنى الاخص ، و كلها ايضا امانات مالكية لانها اجمع باذن المالك ، اما القسم الثاني وهو ماكان باذن الشارع فقط فمنه اللقطة ومجهول المالك كالذي اطارته الريح الى دار انسان وما دخل الى ملك الغير من طائر أو حيوان وما أشبه ذلك ، وكل هذه الانواع تعد ايضا من الامانات ولكنها بالمعنى الاعم وهي امانات شرعية .

وجميع الامانات تشترك في حكم وتنفك بعضها عن بعض في حكم دون آخر ، والحكم العام المشترك بين جميع الامانات أمران — عدم الضمان الا بالتعدي والتفريط . ووجوب الرد الى المالك — وتفترق الشرعية عن المالكية بوجوب طلب المالك والمبادرة الى رد ماله اليه ولو من غير طلب منه بخلاف المالكية فان الواجب دفع ماله اليه عند طلبه ولا يجب أن يتطلبه كما في الأولى .

وهناك احكام اخرى يمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذكر في مواضعها ، أما القسم الثالث وهو الاستيلاء على مال الغير من دون اذن المالك ولا الشارع فاظهر افراده المال المغصوب بجميع انواعه واسبابه من سرقة اونهب اوخيانة اوتدليس اونظائر ذلك ، ويمتاز هذا عن القسمين السابقين بانه مضمون مطلقا حتى مع التلف بغير تعد ولا تفريط ، ويقابله الأمانة بالمعنى الاعم الشاملة للاستيلاء على مال الغير باذنه او باذن الشارع .

وحيث عرفت انواع الأمانات يتضح لك ان (المجلة) ذكرت من انواع الأمانات هنا خصوص الأمانة بالمعنى الأخص وهو الوديعة والعارية

اعني ما كان لمصلحة المالك فقط اولمصلحة القابض فقط وما عداذلك من الأنواع فهي مذكورة في خلال ابواب المعاملات بالمعنى الأعم وعبرت عن الامانة كما في مادة (٧٦٢) بانها هي الشيء الذي يوجد عند من يتخذ اميناً ، وهذا التعريف لايخلو من فكاهة فان الذي يتخذ اميناً عنده اشياء كثيرة فهل كلها امانة ؟ ويهون هذا بناء هذه التعاريف على التساهل ، والتعريف القريب للامانة بالمعنى الخاص هوانها المال الذي صار في يد غير مالكه ، باذنه أو اذن الشارع ، والأمانة بالمعنى الأخص — اي الوديعة — هو المال الذي دفعه مالكه لغيره لينوب عنه في حفظه ، والمعروف في تعريفها عندنا استنابة في الحفظ واليها اشارت (المجلة) بقولها : سواء كان امانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة !! والاستحفاظ تارة يكون تمام المقصود من العقد كما في الوديعة . واخرى يكون لازم العقد والمقصود بالعقد اصالة غيره كالاجارة والعارية وغيرهما . فالاستحفاظ ملحوظ فى الجميع اما أصالة اوتبعاً وباللازم . فان كان المراد من الاستحفاظ ماهو من النوع الاول فلا وجه لكاف التشبيه فان العقد الذي لايقصد منه ألا الاستحفاظ ليس الا الوديعة وان كان مايعمه والنوع الثاني لم يتجه قولها : اوكان امانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، بل حقه أن تقول : كالوديعة وكالمأجور والمستعار اودخل بطريق الأمانة بيد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار احد مال جاره فحيث كان بدون عقد لايكون وديعة بل أمانة فقط .

و بهذا ظهر ان الوديعة اخص والامانة اعم فان الماجور والمستعار والذى التقطه الريح كلها امانة لاوديعة ، غايته ان الاولين امانة مالكية والاخير امانة شرعية ، ومنه ظهر مادة (٧٦٣) الوديعة هي المال الذى يوضع عند شخص لاجل الحفظ ، ولاحاجة بعدها الي توضيح الواضح في مادة (٧٦٤) الايداع هو احالة المالك محافظة ماله لاخر ويسمي المستحفظ مودعا ـ بكسر الدال ـ والذى يقبل الوديعة وديعا ومستودعا ـ بفتح الدال ـ وباصطلاح فقهنا ثنا وديعا .

(مادة ٧٦٥) العارية هي المال الذى تملكت منفعته لاخر مجانا اى بلا بدل ـ و يسمي معاراً و مستعاراً .

تباعدت حقيقة العارية على اكثر الفقهاء كما ضاع عليهم حقائق اكثر العقود فقال بعضهم : انها تمليك المنفعة مجاناً ، وقال آخرون : انها اباحة المنفعة واباحة الانتفاع (والفرق بينهما نادر) والحقيقة انها لاهذا ولاذاك وانما هي : سلطنة خاصة على العين للانتفاع بها ، كما ان الاجارة كذلك ، والفرق بينهما : ان العارية تسليط على العين بلا عوض ، والاجارة تسليط بعوض ، وكلاهما تسليط على العين للانتفاع ولازم هذا اباحة المنفعة اواباحة الانتفاع ، وكأن القوم عبروا عن هذا العقد بلازمه كما هو عادتهم في اغلب العقود بل وغيرها ، اما احتمال كونها تمليك المنفعة ذاتا اولازما فهو بعيد عن التحقيق جداً والاستدلال عليه بان المستعير له ان يعير ولو لا الملكية لما كان له ذلك ـ مدفوع با الاعارة الثانية ان كانت باذن المعير الاول ـ اى المالك

صحت ولا تدل على الملكية ، وان كانت بغير اذنه منعنا جوازها وتقع باطلة ، بل ودفعها بغير اذن المالك الى المستعير الثاني حرام ، فالحق ماذكرنا من انه عقد اوايقاع يفيد تسليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجانا، وليس المستعير ان يتجاوز مقدار الاذن من المعير فلو تجاوز ضمن وفعل حراما ، ومع عدم التجاوز هي امانة بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت الا بالتعدي والتقصير كما في مادة (٧٦٨) الامانة لا تكن مضمونة يعني اذا هلكت اوضاعت بلاصنع الامين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان !! وبعد ان ذكرت (المجلة) اشهر احكام الامانة وهو عدم الضمان اخذت في ذكر بعض مصاديقها ومواردها في مادة (٧٦٩) اذا وجد رجل في الطريق اوفي محل آخر شيئاً فاخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب ، وعلى هذا اذا هلك المال اوضاع ولو بلا صنع اوتقصير منه يصير ضامناً !! كانها تشير الى ان من استولى على مال الغير بغير اذنه ان ازال يده الحقة فهو غصب وان لم يزل يده بل وصل اليه بغير القهر من الأسباب فهو بحكم الغصب ومن هذا النوع من وجد مالا في الطريق - أي اللقطة - فاخذه بنية التملك فانه وان لم يكن غصباً أي الاخذ قهراً ولكن تترتب عليه احكام الغصب من الحرمة والضمان مع التلف ولو بغير تعد ولا تقصير ، ووجوب الرد مع عدمه ، وأما لو أخذه على ان يرده لمالكه فان كان معلوما كان في يده امانة ويلزم تسليمه الى مالكه ، وان لم يكن معلوما فهو لقطة وهو في يد ملتقطه أمانة .

وهذا البيان غير مستوعب لاقسام العنوان .

و « تحرير البحث » ان مايقع بيد الانسان من مال الغير بغير اذنه ان أخذه قهراً او اختلاساً فهو الغصب ؛ وان أخذه بغير ذلك وبغير قصد رده الى مالكه فهو بحكم الغصب تترتب عليه جميع احـكامه وضعية وتكليفية ، وان اخذه بقصد رده اليه فان كان مالكه معلوماً وجب المبادرة الى رده اليه وهو في ذلك الحال امانة لا ضمان فيه الا بالتعدى ولو توانى خرج عن الامانة وصار ضامناً مطلقاً ، وان لم يكن معلوماً فان كان قد وجده في الطريق او في الصحراء او غيرهما من المواضع العامة فهو اللقطة وتجري عليه احكامها ، وان وجده فى داره او خزانته او دكانه ونحو ذلك من المواضع الخاصة به ولا يعرف صاحبه كان من مجهول المالك وتجرى عليه احكامه ، وقصارى اللقطة والمجهول المالك ان مرجعهما اخيراً لحاكم الشرع .

وحيث ان اللقطة من مهمات مباحث الفقه ، وهي عامة البلوى ، ولم تستوف (المجلة) احكامها مع انها من صلب الامانات ، فاللازم ان نوفيها حقها وقد تبين لك موضوعها في الجملة وتفصيله : انه عبارة عما يؤخذ من المواضع العامة من مال او غيره من غير علم صاحبه به ولا اذنه وهو إما حيوان اوجماد والحيوان اما انسان او غير انسان ، فالانسان هو اللقيط وقد عرفوه بانه انسان ضائع لا كافل له ولا يستقل بنفسه ويشمل المنبوذ والضائع ، والحر والعبد ، فالحر يرد الى اهله ، والعبد الى مالـكه ، واخذه مستحب فان خيف عليه التلف وجب واذا اخذه

الملتقط وجب عليه حضانته بالمعروف وينفق عليه من بيت المال ، وان لم يكن فمن الزكاة ، والا استعان بالمسلمين ، وإلا انفق عليه ورجع به عليه بعد بلوغه ، او على اهله ان وجدهم ، وهو مسلم اذا التقط في بلاد المسلمين او في بلاد الكفر وفيها مسلم يحتمل كونه منه ، وولاؤه للامام لا للملتقط ، ولو اختلف هو واللقيط بعد بلوغه او أهله في اصل الانفاق او قدره يقدم قول الملتقط فيما يوافق المعروف وهذا من موارد تقديم الظاهر على الاصل وهو ظاهر ، ولو التقطه اثنان وتشاحا اقرع بينهما ويشترط في الملتقط البلوغ والعقل بل والرشد على الاحوط ، وكونه حراً واسلامه ان كان اللقيط مسلماً ، بل وعدالته على الاحوط . فلو فقد احد هذه لم يكن لالتقاطه اثر . وجاز للغير ان يأخذه منه . هذا كله في اللقيط ـ اي الانسان الملقوط ـ . اما لقطة الحيوان وتعرف بالضالة وهي الدابة التي لايعرف مالكها . فقد وردت اخبار تشعر بحرمة التقاطها وهي محمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين مادل على الجواز وترتفع الكراهة بخوف التلف عليها وان كان صحيحاً في ماء وكلاء في غير مسبعة فالاولى تركه لامتناعه ، ولو اخذها فتلفت قيل يضمن وهو مسلم ان اخذها بنية التملك اومع التفريط والا فلا . ولو ترك من جهد في غير ماء او كلاء كان اخذه مباحاً . فان انفق عليها الملتقط حتى اصلحها كانت له وليس لمالكها لقول امير المؤمنين سلام الله عليه ان تركها في غير ماء ولا كلاء فهي للذي احياها واوضح منها صحيحة ابن سنان وغيرها والعمل بها وفاقا لجمهور الاصحاب متعين وان كانت على خلاف

القاعدة ، ولعل الشارع جعل الاعراض هنا بالخصوص مزيلا للملكية السابقة وفقاً بالحيوان ويكون من المباحات فيملكه الملتقط بالحيازة ، اما الشاة فى الفلاة التي لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز اخذها بنية التملك كما فى الخبر المشهور « هي لك او لاخيك او للذئب » انما الكلام فى الضمان لو ظهر صاحبها كما يدل عليه بعض الاخبار او عدمه كما هو ظاهر اطلاق « هي لك . . . » فى الخبر المشهور مضافا الى الاصل والاول احوط ان لم يكن اقوى ، ولو دفعها للحاكم الشرع برئ من الضمان قطعاً ، وهل يتوقف تملكها على تعريفها سنة او اقل اولا لاطلاق الخبر المتقدم ولعله الاقوى ؟ وكذا حكم كل مالا يمتنع من السباع بعدو او طيران حتى مثل الدواجن كالدجاج ونحوه ، ولو وجدت الشاة فى العمران حبسها ثلاثة ايام فان لم يجد صاحبها باعها وتصدق بثمنها ، فان ظهر مالكها ولم يمض غرم له القيمة وليس له تملكها بل اما ان يبقيها امانة لمالكها وينفق عليها ويقاص من لبنها وصوفها او يبقيها ويبقى الثمن امانة او يتصدق به ولو دفعها او قيمتها الى الحاكم سلم من ذلك كله.

هذا موجز الكلام فى لقطة الحيوان انسان وغير انسان ، اما لقطة المال الصامت فقد وردت جملة اخبار ظاهرة فى حرمة التقاط المال فى الحرم مطلقا ففي رواية عن الكاظم سلام الله عليه « لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل ، ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها واخذها » ولكن المشهور الكراهة ، وموضع البحث قصد التملك ، اما اخذها لحفظها او ردها الى صاحبها فالظاهر الاتفاق على جوازه وهو امانة لا تضمن حينئذ الا

بالتفريط ، ثم اذا اخذه بهذا القصد عرف به سنة فان لم يظهر تصدق به عن صاحبه ويضمن له لو ظهر بعد ذلك ، والقاعدة تقتضي عدم الضمان لانه امانة شرعية وقد انفقها باذن الشارع ، ولو دفعها للحاكم فلا شيء عليه وما ذكرناه يطرد في القليل والكثير ، اما لقطة غير الحرم فيحل منه ما كان دون الدرهم من غير تعريف ، ولو ظهر مالكه وعينه باقيه اخذها قطعاً فهي ملكية مراعاة ، اما لو كانت تالفة ففي الضمان وجهان بل قولان اقواهما العدم لاذن الشارع بذلك التصرف وهو كاذن المالك او اقوى اما الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولا فان لم يظهر صاحبه تخير بين ان يتملكه مع الضمان لو ظهر وبين الصدقة به على مستحق الزكاة عن صاحبه وفي الضمان الوجهان السابقان وعدم الضمان هنا اقوى ، وبين ابقائه امانة لمالكه فلا يضمن الا مع التفريط ، والدفع الى الحاكم الشرعي اصح واسلم ، والحكم العام في لقطة المال من الدرهم فما زاد هو التعريف حولا فيما يمكن فيه التعريف ، اما مالا يمكن كالدراهم والدنانير الغير المصرورة ولا في محفظة فقد يقال بسقوط تعريفها ، وجواز تملكها بمجرد التقاطها وهو مشكل ، ولو تحقق هذا الفرض في بعض الاموال كان من مجهول المالك ويجري عليه حكمه ولا يجوز تملكه بوجه مطلق كما انه لو وجد في المواقع العامة كالحمام او المساجد والمعابد بدل ثيابه او حذائه او كتابه فان علم انها لآخذ كتابه كانت من مجهول المالك لا اللقطة ، وان لم يعلم او علم العدم فهي لقطة ، وما لا يبقى او يحتاج بقاؤه الى علاج باعه او قومه على نفسه وحفظ قيمته والاحوط مراجعة الحاكم في ذلك

لانه الولي العام .

واخذ اللقطة بوجه عام مكروه ، وفي بعض الاخبار « لايأخذ الضالة الا الضالون » وقد توجد خصوصيات مقامية تخرج عن الكراهة بل قد تصير مستحبة او واجبة ، وذكروا : ان الكراهة تتأكد فيما تكثر منفعته وتقل قيمته كالعصا والنعل والاداوة وامثالها : كما تتأكد الكراهة في الفاسق والمعسر

ويصح التقاط المال من كل من يصح منه التكسب حتى الصبي والمجنون ويتولى حفظها والتعريف بها الولي . ويستحب الاشهاد بل قد يجب في اخذها وردها . مضافا الى الاعلان والانشاد في الحول حسب المتعارف .

وحيث ان اللقطة - كما عرفت - امانة يجب ردها الى مالكها الواقعي فلا يجوز دفعها الى مدعيها مالم يثبت ملكه لها بالعلم او مايقوم مقامه شرعا من الشاهدين العدلين . او الشاهد واليمين . ولا يكفي اعطاء اوصافها وان كانت خفية الا مع حصول الاطمئنان بصدقه المتاخم للعلم . واذا دفعها بالاوصاف وقدم غيره البينة انها له انتزعت من الاول ودفعت الى ذي البينة . وان كانت تالفة تخير في الرجوع على الدافع او المتلف فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني لان قرار الضمان عليه . ولذا لو رجع عليه رأسا لم يرجع على الاول

ومن وجد مالا في فلاة من الارض او مدفونا في ارض ليس لها مالك ولم يكن عليه اثر الاسلام ملكه الواجد وان كان في

اراضي الاسلام ، وان وجد عليه اثر الاسلام كان لقطة يجب تعريفها ولو كان للارض مالك عرفه فان ادعاه دفع له والا فلواجده مع انتفاء اثر الاسلام والا فهو لقطة ومثله مايوجد في جوف الدابة او السمكة ان كانت اهلية أما الوحشية والتي اخذت من المياه العامة جديدا لايراجع بها المالك فان كان عليه اثر الاسلام فلقطة والا فلواجده ، ومن وجد مالاً في صندوقه او دكانه او داره فان كان له شريك فيه عرفه فان ادعاه اخذه بلا بينة ولا يمين ، لانه مدع بلا معارض ، وان نفاه فهو لقطة لواجده ، وان لم يكن له شريك فقد ذكروا : انه يكون لمالك الدكان والدار ونحوهما لانه من توابع ملكه ولم يجعلوه لقطة وهو محل نظر فليتأمل .

هذا موجز البحث في اللقطة موضوعاً وحكماً ، وفيه على اختصاره غنىً وكفاية وسيأتي لهذا البحث تتمة انشاء الله تعالى .

و « المجلة » بمناسبة بحث الامانة استطردت الى ذكر اللقطة استطراداً خفيفاً ، فلم توف حق الامانة ، ولم تميز بين الامانة الشرعية والامانة المالكية ، كما أنها لم تستوف رؤس مباحث اللقطة فضلاً عن ديرلها وتوابعها ، ولم تخصص لها سوى مادة واحدة ، وهي :

« مادة : ٧٧٠ » يلزم الملتقط ان يعلن أنه وجد لقطة ويحفظ المال في يده امانة الى أن يوجد صاحبه واذا ظاهر احد واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها .

وفي هذا ايضاً من التسامح او الخلل مالا يخفى ، اذ ليس اللازم

اعلان انه وجد لقطة ، بل اللازم طلب من ضاع له مال ، وهو المعبر عنه بالانشاد اى طلب صاحب المال ونشدانه في الجوامع والمحافل والاندية العامة ونحوها ، ويقول مثلا — نداء او كتابة — : انه من ضاعت له دراهم فليراجع المحل الفلاني . ونحو ذلك ، ولا يبعد ان اجرة المنادي والناشد وما يتصل بذلك على صاحب المال لا على الملتقط لانه محسن و ما على المحسنين من سبيل) ثم يبقى المال بيده امانة الى نهاية الحول او حتى يحصل اليأس ولو قبل الحول ، والنهاية هو الحول — وبعده التفاصيل السابقة ، واليه أشارت بقولها : ويحفظ المال بيده امانة الى ان يوجد صاحبه ، واذا حضر واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها !! .

و « تحرير البحث » في موجبات تسليم اللقطة انه يجب بامور .

احدها — : واقواها حكم الحاكم وثبوت ذلك عنده ، فاذا سلمها بحكم الحاكم خرج من العهدة ولم يبق عليه شيء حتى لو ظهر خطأ الحاكم او فساد حكمه .

ثانيها — : قيام البينة عند الملتقط نفسه فانه يجب عليه تسليمها بشهادة العدلين او العدل الواحد مع اليمين ، ويخرج بذلك من كل تبعة .

ثالثها — : اقرار الملتقط بانها للمدعي فاذا اقر وجب تسليمها للمقر له ولكن لا يخرج من العهدة ولو اقام آخر البينة انها له انتزعت من المقر له ودفعت لصاحب البينه وان كانت تالفه رجع على أي منهما يشاء

ولا يرجع المقر على المقر له لو اخذت قيمتها منه حسب اقراره كما لا يرجع ايضاً الثاني على الاول لو اخذت منه .

رابعها ـ : بيان الاوصاف الخفية الموجبة للاطمئنان كما تقدم قريباً ولكن لا يخرج بها عن العهدة وحالها حال الاقرار .

وذكر شيخنا الشهيد ـ اعلى الله مقامه ـ في « اللمعة » مانصه ـ :
ولا تدفع الا بالبينة لا بالاوصاف وان خفيت ، نعم يجوز الدفع بها اه .

وقد يشكل بان الدفع اذا جاز وجب فان الاوصاف اما ان تكون امارة وحجة كالبينة فيجب الدفع والا فلا يجوز ، ويمكن دفع هذا بان البينة حجة شرعية قاطعة يجب العمل بها بخلاف الاعتماد على الاوصاف فانها لا تفيد سوى الظن ، واقصاه جواز العمل به مالم ينكشف الواقع ويظهر الخلاف ، فليتأمل .

﴿ مادة : ٧٧١ ﴾ اذا هلك مال شخص في يد آخر فان كان اخذه اياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال ، وان كان اخذ ذلك المال باذن صاحبه لا يضمن لانه امانة في يده إلا إذا كان اخذه على سوم الشراء وسمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان ، مثلا = إذا أخذ شخص إناء « بلور » من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته ، وأما إذا أخذه باذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد اثناء النظر وانكسر فلا يلزمه الضمان ، ولو وقع ذلك الاناء على آنية أخرى فانكسرت تلك الآنية ايضاً لزمه ضمانها فقط ، وأما الاناء الاول فلا

يلزمه ضمانه لانه امانة في يده ، وأما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الاناء ؟ فقال له : بكذا قرشاً خذه ، فاخذه بيده فوقع على الأرض فانكسر ضمن ثمنه ، وكذا لو وقع كأس (الفقاعي) من يد احد فانكسر وهو يشرب لا يلزمه الضمان لانه امانة من قبيل العارية ، وأما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان .

خرج من قضايا اللقطة الى اصل باب الامانات ، وبهذا تريد (المجلة) اعطاء الضابطة الكلية ، والقاعدة الاصلية لضمان اليد ، وتحرير ذلك ان يقال : ان تلف مال انسان بيد غيره لا يخلو اما ان يكون حصوله بيده كان باذن المالك او باذن الشارع او بدون اذن واحد منهما ، وعلى الثاني فهو ضامن مطلقاً سواء كان بالتعدي او بدونه ، والاول اما ان يكون الاذن اذن معاوضة او اذناً مجرداً ، والثاني لا يوجب الضمان الا مع التعدي ، والاول يقتضي الضمان مطلقاً بالمثل او القيمة بقاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) فتحصل ان الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثة انواع .

(الاول) ما خلى عن الاذن مطلقاً ، ويدخل فيه الغصب والسرقة والجحود والتعدي عن الامانة والغش والتدليس واشباه ذلك ، وهو كثير وحكمه الضمان مطلقاً ، ومنه المال المقبوض اشتباهاً كما لو دفع القصار ثوب زيد لغيره فتلف في يده ، ولزيد حق الرجوع به على القصار حينئذ الا مع الغرور ، وكذا لو تخيل ان مال زيد ماله فاخذه فتلف في يده فانه ضامن له بقاعدة اليد .

(الثاني) ما كان عن اذن ولكن اذن معاوضة وهي أما على العين باعتبار ذاتها او عليها باعتبار بعض شؤونها ، ومن هذا النوع الاجارة والمزارعة والمساقاة وأضرابها ، وهذه تلحق بالامانات ولا ضمان فيها الا مع التعدي والتفريط ، ومن الاول المقبوض بالعقد الفاسد ، والمقبوض بالسوم ، وهو ضماني مطلقاً للقاعدة المتقدمة (مايضمن بصحيحه . . . .)

(الثالث) ما كان عن اذن مجرد عن كل معاوضة وهو باب الامانات بجميع انواعها شرعية اومالكية ، ومن اظهر انواع الثاني الوديعة والعارية ، ومن اظهر انواع الأول اللقطة ومجهول المالك وباب الحسبة كقبض عدول المؤمنين للوقف الذي لامتولي له ومال اليتيم الذي لاقيم له ، والغايب الذي لا وكيل له ، حيث لايوجد الولي العام وهو الحاكم او الى زمن امكان مراجعته ولاضمان فى الجميع الامع التعدي والتفريط .

هذا تمام انواع الاستيلاء على مال الغير وأحكامها ومنه تعرف عدم استيفاء (المجلة) لانواع هذا البحث كما يتضح بما ذكرناه من الامثلة المدرجة في هذه المادة بقولها مثلاً — اذا اخذ شخص إناء بلور الخ . . .

(مادة . ٧٧٢) الاذن دلالة كالاذن صراحة ، وأما اذا وجد النهي صراحة فلا عبرة بالاذن دلالة مثلا _ اذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد إناء معداً للشراب فهو مأذون دلالة بالشرب به فاذا اخذ ذلك الاناء ليشرب به فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه واما اذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم اخذه ليشرب به فوقع من

يده وانكسر فيضمن قيمته .

وملاك كل ذلك القواعد المقررة في الاستعمال ، وأصول الفهم والتفاهم

نها قاعدة تقديم النص على الظاهر والاظهر على الظاهر .



« الباب الثانى »

في الوديعة

ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

فى

بيان المسائل المتعلقة بعقد الايداع وشروطه

٤٢ ، الوديعة كما عرفت هي الامانة الخاصة واحسن تعريف لها انها استنابة في الحفظ وحيث انها تتقوم بطرفين ولا يتحقق اثرها بطرف واحد لذلك كانت من العقود المتوقفة على ايجاب وقبول كما في مادة « ٧٧٣ » ينعقد الايداع بالايجاب والقبول صراحة او دلالة ، ولا اشكال في انعقاده بالقول الصريح مثل : اودعتك ، او : احفظها عني ويقول الآخر : قبلت ، وباللازم اجعلها عندك او صيرها مع اموالك وامثال ذلك مما ذكرته « المجلة » مثلا ـ اذا قال صاحب الوديعة اودعتك هذا الشيء اوجعلته امانة عندك ، فقال المستودع : قبلت انعقد الايداع صراحة ، وكذا لو دخل شخص خاناً فقال لصاحب الخان : اين اربط دابتي ، فاراه محلاً فربط الدابة فيه انعقد الايداع دلالة ، وكذلك اذا وضع رجل ماله فى دكان فرآه صاحب الدكان

وسكت ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة ، وأما لو رد صاحب الدكان الايداع بان قال لا اقبل فلا ينعقد الايداع حينئذ ، وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم فاذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ على من بقي منهم اخيراً يصير المال وديعة عند الاخير فقط

كل ذلك حيث يكون السكوت دالاً على الرضا والالتزام فيكون وديعة معاطاتية ويترتب عليها الحكم التكليفي وهو وجوب الحفظ والوديعة العقدية والمعاطاتية سواء فى عدم اللزوم كما فى مادة « ٧٧٤ » لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء .

واذا فسخ احدهما وجب رد الوديعة ان طالب بها صاحبها كما هو حكم الامانة المالكية فاذا طلبها ولم يدفعها الودعي صار بحكم الغاصب وضمنها مطلقاً ، وحيث عرفت انها عقد فيعتبر فيها مايعتبر فى سائر العقود من كونها مقدورة التسليم من عاقلين بالغين او مميزين كما نصت عليه مادة « ٧٧٥ » يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض فلا يصح ايداع الطير فى الهواء .

الا اذا كان مما تعود على العود .

ومادة (٧٧٦) يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميزين وأما كونهما بالغين فليس بشرط فلا يصح ايداع المجنون والصبي غير المميز

ولا قبولها لها الوديعة ، وأما الصبي المميز المأذون فيصح ايداعه وقبوله الوديعة .

فلو اودع الصبي او المجنون وقبض الودعي كان غاصباً ويضمن مطلقاً ، اما الايداع عند الصبي او المجنون فان وجدها صاحبها اخذها وان تلفت فلا ضمان اصلا لانه هو الذي اسقط حرمة ماله ، اما لو كان جاهلاً بجنونه اوعدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقاً واذا مات اخذه من تركته .



« الفصل الثانى »

في احكام الوديعة وضمانها

مادة : ٧٧٧ الوديعة امانة في يد الوديع بناء عليه اذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه اذا كان الايداع باجرة على حفظ الوديعة اوضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا = لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لايلزم الضمان ، اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع من اليد عليها شيء فانكسرت لزم الضمان .

لانعرف وجهاً لهذا الاستثناء فان الامانة مطلقاً يجب حفظها حسب الامكان فاذا هلكت وكان يمكنه التحرز من هلاكها فهو مقصر في حفظها ويكون ضامناً سواء كان باجرة او بغير اجرة ، واذا هلكت وكان لايمكنه التحرز فهو معذور ولا ضمان عليه ، فاين موضع الاستثناء ؟ ثم لايخفى ان الوديعة والاجرة لايجتمعان وهو اشبه بجمع الضدين او النقيضين كقضية الهبة والعوض فان الوديعة مأخوذ في حقيقتها اعتبار المجانية كالهبة ، اما اذا اخذت الاجرة على الوديعة — اي على حفظها — فقد خرجت عن كونها وديعة ودخلت في باب الاجارة وجرى عليه احكامها فتدبر ولا يشتبه عليك الامر ، والعين المستأجرة ايضا هي امانة يجب التحرز عن هلاكها بكل مايمكن فلو قصر في ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعة .

اما الامثلة التي ذكرتها (المجلة) فهي تختلف حسب الظروف والأحوال والخصوصيات المقامية ، وليس لها ضابطة كلية ، فقد يكون وقوع الساعة من يد المستودع في بعض الأحوال تقصيراً او تفريطاً يوجب الضمان وقد لايكون كما ان وطئها بالرجل او وقوع شيء من اليد فينكسر قد لايكون تقصيراً وقد يكون .

كذلك اذا اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاع بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم المستودع الضمان .

وفي هذا المثال خلل من جهات او ضحها ان السرقة تختلف فقد تكون من تساهل المسروق وعدم أخذه بالاحتياط في التحفظ

فيكون تقصيراً موجباً للضمان ، وقد تقع مع غاية التحفظ ، فالاطلاق غير متجه = كما انها في المورد الذي تكون فيه موجبة للضمان لافرق بين اعطاء الاجرة وعدمه .

وهكذا الكلام في مادة « ٧٧٨ » اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان .

فان هذا الاطلاق ليس في محله بل قد يكون تفريطاً فيضمن وقد لايكون .

« مادة : ٧٧٩ » فعل مالا يرضى به المودع في حق الوديعة تعد من الفاعل .

شاع عند الفقهاء في باب الامانات استعمال لفظي التعدي والتفريط او التقصير ، و « المجلة » كانها تريد اعطاء الضابطة للتعدي ولكن الضابطة التي ذكرتها مع اجمالها ناقصة بتراء فان مالا يرضى به المودع ان صرح به في العقد لزم على الودعي ان لايتجاوزه فلو خالفه كان تعديا والا لايكون تعديا فيما لو كان الودعي لايعلم مايوافق رضا المالك وما لايوافقه .

و « بالجملة » فهذه الضابطة قليلة الفائدة مع انها غير جامعة .

و « وتحرير البحث » ان التعدى افعال ، والتفريط تروك فلبس الثوب وركوب الدابة بغير الاذن او بغير المتعارف تعدي ، فلو تلفت فى ذلك الحال ولو تلفاً سماوياً كان ضامناً لخروجه عن الامانة بالتعدي ، ولكن اهمال حفظها وعدم وضعها فى مكان حريز تروك وهي

توجب الضمان ، واليه ترجع اكثر الافعال فان اخذ الوديعه معه فى السفر اولبس الثوب واضرابه وان كانت افعالاً ولكن ترجع الى التقصير فى الحفظ وترك التحرز .

اذاً = فالضابطة الكلية ، والقول الجامع ، هو ان يقال : ان كلما يعد عرفا اهمالاً ، وتركا للتحفظ والتحرز ، فهو تعد وتفريط ، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص ، وانواع الامانات فى الحفظ والفيصل فيه العرف :

نعم لااشكال ان شرط المودع لازم فلو تعداه كان تعدياً سواء كان اهمالا بنظر العرف ام لا ، وبعد هذا فلا حاجة بل لافائدة فى تكثير الامثلة ، وان اخذ الامانة معه فى السفر تعد او تفريط ، اوليس كذلك ؟ وكذا اذا وضع الدابة فى الاصطبل وترك الباب مفتوحاً وكذا اذا وضع الثوب او الجوهر فى الغرفة ولم يضعه فى الصندوق او الخزانة وهلم جراً .

نعم لاريب فى انه لوانكر الوديعة خرج عن الامانة وضمن مطلقا ، ولو رجع الى الاعتراف فهل ترجع صفة الامانة فلا يضمن لوتلفت بتلك الحال تلفا سماويا اولا ترجع فيبقى الضمان على اطلاقه ؟ المسألة فى غاية الاشكال والاول اقرب من حيث القواعد ، والثانى احوط والله اعلم .

اما لو كان الانكار لمصلحة كدفع ظالم ، اورد تهمة ، اوخوف سارق وما اشبه ذلك ، فهو عين الامانة .

« مادة : ٧٨٠ » الوديعة يحفظها المستودع بنفسه او يستحفظها امينه كمال نفسه فاذا هلكت في يده او عند أمينه فلا ضمان عليه ولا على أمينه .

اعلم ان الاصل الاولى ، والقاعدة الكلية ، هي حرمة كل تصرف يتصرفه المستودع في الوديعة الا مقدار مانص عليه المودع واذن فيه او كان الاطلاق او الانصراف يقتضيه ، ومعنى هذا ان كل تصرف يشك المستودع في حليته فهو حرام ، ولو فعله مع الشك خرج عن الامانة ، وصار ضامناً حتى مع عدم التعدي والتفريط ، وعليه فالقدر المتيقن لحفظ بنفسه اما الحفظ بامينه من عيال او غيرهم فان كان من غير دفعها لهم بل كانت في حوزته ـ كما لو وضعها في صندوقه او خزانته ـ وامرهم بالمحافظة عليها من غير دفعها لهم وتسليم فلا ينبغي الاشكال فى جوازه ولا ضمان عليه ولا عليهم لو تلفت من غير تفريط ، اما تسليمها لهم بغير اذن صريح او مع الشك في رضاه فغير جائز ولو كانوا امناء وحينئذ فلو تلفت كانت مضمونة ، وللمودع الرجوع على الودعي وعلى امينه الذي تلفت عنده وهو يرجع على الودعي ان كان قد غره كما لو كان جاهلا ، اما مع علمه فلا رجوع و يكون قرار الضمان عليه ، اما لو رجع على الودعي فلا رجوع له على امينه مع جهله والا رجع عليه ، ومن كل هذا يظهر لك الخلل في عبارة « المجلة » باطلاق قولها فاذا هلكت في يده او عند امينه فلا ضمان عليه ولا على امينه .

« مادة : ٧٨١ » للمستودع ان يحفظ الوديعة فى المحل

الذي يحفظ فيه ماله .

تختلف مواضع حفظ الاموال ، باختلاف انواع الاموال ، فموضع حفظ الدابة وهو الاصطبل — مثلا — غير محل حفظ الثياب وهو الصندوق او الدولاب ، ومحل حفظ الدراهم والجواهر وهو الحقيبة وصندوق الحديد غير محل حفظ الكتب وهو الخزانة ، وهكذا فالواجب على الودعي أن يحفظ الوديعة فى المحل المتعارف لحفظها فلو تعداه ضمن ، والمراد من المحل الذي يحفظ ماله هو = هذا المعنى لا انه المحل الذي يحفظ ماله وان لم يكن من المتعارف حفظها فيه فلو تسامح فى ثيابه فوضعها فى الغرفة وحقها ان تحفظ فى الخزانة كان ضامناً كما لايجوز له ان يضع الوديعة ايضا فى الغرفة كما هو واضح ، ولو كانت داره خربة او قصيرة الجدران فاللازم وضعها فى دار اخرى وهكذا سائر الجهات والى ماذكر تنظر مادة ﴿ ٧٨٢ ﴾ يلزم حفظ الوديعة فى حرز مثلها ، بناء عليه وضع مثل النقود والمجوهرات فى اصطبل الدواب او التبن تقصير فى الحفظ وبهذه الحال اذا ضاعت الوديعة او هلكت لزم الضمان .

﴿ مادة : ٧٨٣ ﴾ اذا كان المستودع جماعة متعددين فان لم تكن الوديعة قابلة للقسمة يحفظها احدهم باذن الباقين او يجعلونها مناوبة وبهاتين الصورتين اذا هلكت الوديعة بلا تقصير فلا ضمان على احدهم وان كانت قابلة للقسمة يقسمها المستودعون بينهم بالسوية وكل منهم يحفظ حصته منها ، وبهذه الصورة ليس لاحدهم ان يسلم

حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع . ، ،

الميزان الصحيح هنا — هو ماشرنا اليه من ان المدار على مقدار مايستفاد من اذن المودع ورخصته لا على قضية قابلية الوديعة للقسمة وعدم قابليتها فانه مما لا اثر له فى المقام اصلاً ، فان ظهر من مقال او حال انه يريد التوزيع او الشركة على نحو المجموع او الجميع البدلي او الشمولي لزم ذلك ولا يجوز التعدي ، اما لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالاطلاق يقتضي وجوب تحري الاصلح فى حفظها عليهم جميعاً ، فان وجدوا القسمة اصلح قسموها مع الامكان والا فالمناوبة او غيرها من الاساليب ولا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط واقصي ما عليهم اليمين انهم قد تحروا الاصلح بقسمة او غيرها ، ومع تعين القسمة من اطلاق او تقييد فلو دفع احدهم حصته للآخر وهلكت من غير تعد فهل يضمن اولا ؟ وعلى الأول فعلى من يكون الضمان على المسلم او المستلم ؟ اما اصل الضمان فلا ينبغي الاشكال فى لزومه وان نسب الى بعض فقهاء المذاهب عدمه ، ولعله فى غير صورة التقييد ، واما الضامن فقد جعلته ﴿ المجلة ﴾ المسلم حيث قالت :

واذا سلمها فهلكت فى يد المستودع الاخر بلا تقصير منه فلا يلزمه الضمان ، بل يلزم الذى سلمه اياها ضمان حصته منها .

ويعلل ذلك بان المستلم امين المسلم عند ابي حنيفة — والامين لا يضمن .

ولو صح هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معاً ، فان المسلم ايضا

امين للمالك المودع ، ولكنه لما خرج عن الامانة بالمخالفة صارت يده وما يتفرع عنها من الايدى ضمانية والمالك حينئذ ـ كما عرفت ـ مخير بين الرجوع على أي شاء منهما على قاعدة توارد الايادى او الايدى ، اما رجوع احدهما على الآخر فقد عرفت قريبا بيانه .

﴿ مادة : ٧٨٤ ﴾ الشرط الواقع فى عقد الايداع اذا كان ممكن الاجراء ومفيداً يكون معتبراً والا فهو لغو .

الذي تقتضيه القواعد = كما سبق قريباً = ان كل شرط يشترطه المالك المودع ويقبله الودعي وهو مقدور فهو لازم سواء كان مفيداً او غير مفيد لان العقد وقع على هذه الصفة فيلزم العمل به وما عداه لارخصة فيه ولا اذن من المالك فيكون حراماً وضامناً ، ولكن القوم لما كان باب الاستحسان مفتوحا عندهم على مصراعيه و كثيراً يأخذون بالاستحسان ويطرحون النص فما نحن فيه يوشك ان يكون من هذا القبيل ، وهو اجتهاد في مقابلة النص ، وعلى كل فالحق هو الضمان اذا تخطى مورد الشرط ، الامع العجز عن العمل على حد ان (الضرورات تبيح المحظورات) نعم لو اشترط شرطاً وتبين انه لو عمل الودعي به لاوجب تلف العين يمكن القول بلغويته وعدم وجوب اتباعه على تأمل ايضاً .

ولعل من هذا القبيل ماذكرته ﴿ المجلة ﴾ بقولها :

مثلا = اذا كان قد شرط وقت العقد أن يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط ، وبهذه الصورة

اذا تقاها فهلكت بلا تعدولا تقصيرلا يلزم الضمان ، وكذا اذا امرالمودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلمها لزوجته او ابنه او خادمه او لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فاذا كان ثمة امر مجبر على تسليم الوديعة لاحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر ، وبهذه الصورة ايضا اذا هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ، واذا سلمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان ، كذلك اذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة غيرها فان كان حجر تلك الدار متساوية في الحفظ لايكون ذلك الشرط معتبراً ، وحينئذ اذا هلكت الوديعة فلا ضمان وأما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى الحجر بنيت بالاحجار والاخرى بالاخشاب فيعتبر الشرط ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الحجرة التي تعينت وقت العقد واذا وضعها في حجرة دون

هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ، واذا سلمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان ، كذلك اذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة غيرها فان كان حجر تلك الدار متساوية في الحفظ لايكون ذلك الشرط معتبراً ، وحينئذ اذا هلكت الوديعة فلا ضمان وأما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى الحجر بنيت بالاحجار والاخرى بالاخشاب فيعتبر الشرط ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الحجرة التي تعينت وقت العقد واذا وضعها في حجرة دون

... نعم لو تحصل اليقين بان بقاءها في تلك الحجرة يوجب تلفها جاز او وجب مخالفة الشرط ، اما لو تساوى بقاؤها ونقلها تعين بقاؤها بالشرط

فتدبره جيداً .

﴿ مادة : ٧٨٥ ﴾ اذا كان صاحب الوديعة غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها أو حياته .

ولا يجوز ان يسلمها للوارث ولا لغيره ، نعم يجوز ان يسلمها لحاكم الشرع لولايته العامة وقد يتعين ذلك كما لو كانت مما يفسد بالمكث ودار الامر بين ان تهلك او تباع ويحفظ ثمنها ، فان اللازم دفعها اليه ليتولى ذلك ، كل هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاص والا وجب دفعها اليه لا لحاكم الشرع ، ولو كان بقاؤها يفضي الى هلاكها فلم يبعها ولم يدفعها لحاكم الشرع أو لوكيله الخاص ضمن بلا اشكال لتقصيره فلا وجه لما ذكرته ﴿ المجلة ﴾ بقولها فى ذيل هذه المادة :

إلا أنه إذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع باذن الحاكم ويحفظ ثمنها امانة عنده ، لكن اذا لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن .

﴿ مادة : ٧٨٦ ﴾ الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها ، واذا كان صاحبها غائباً فيرفع المستودع الامر الى الحاكم ، والحاكم حينئذ يأمر باجراء الانفع والاصلح فى حق صاحب الوديعة فان كان يمكن ايجار الوديعة يؤجرها المستودع برأي الحاكم و ينفق عليها من اجرتها او يبيعها بثمن مثلها ، واذا لم يمكن

ايجارها فيبيعها فوراً بثمن المثل ، او ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام ثم يبيعها بثمن مثلها ، ثم يطلب نفقة تلك الايام الثلاثة من صاحبها واذا انفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما انفقه عليها .

فلو تعسر او تعذر مراجعة الحاكم ولم يتبرع هو ولا غيره مجانا او بالعوض باعها بنفسه وأشهد عدلين على البيع والثمن ، والتقييد بثلاثة ايام لاوجه له ، كل ذلك فى الغيبة المنقطعة ، أما مع امكان مراجعة المودع وانذاره فان لم يرسل النفقة — الى ثلاثة ايام او اكثر حسب اختلاف الموارد — راجع المستودع الحاكم - الى آخر ماسبق .

﴿ مادة : ٧٨٧ ﴾ اذا هلكت الوديعة او نقصت قيمتها بسبب تعدي المستودع او تقصيره لزمه الضمان ، مثلا - اذاصرف المستودع نقودالوديعةفي امور نفسه اواستهلكهاضمنها ، وبهذه الصورة اذا صرف النقود التي هي امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت او ضاعت وهو ذاهب بهاضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق الوجه المعتاد او بسبب آخر او بلا سبب ، وكذا يضمنها اذا سرقت ، وكذا اذاوقع حريق ولم ينقل الوديعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها .

هذا كله مما لا اشكال فيه ، انما فيما لو خرج عن الامانة وتاب واعاد بدلها مثلا او قيمة كما فى ﴿ المجلة ﴾ : ثم وضع بدل تلك

النقود في الكيس المعد لها الخ . . . فلو تلفت بعد ذلك بدون تعد فهل يضمنها لارتفاع الائتمان بذلك اولاً يضمن لانها عادت بالقصد الثاني — قضية مشكلة.— والتحقيق فيها انك عرفت قريبا ان الامانات على ثلاثة انواع .

الاول = مايكون القبض لمصلحة المالك فقط كالوديعة ، والوكيل بلا أجرة ، وعارية الرهن ، وما في هذا السبيل .

وهذا النوع مما تكون به يد القابض كيد المالك لاينبغي الاشكال في عدم ضمانه لوصدقه المالك بالتلف وادعى عليه التقصير فليس عليه الا اليمين ، ومثل هذا فيما لو ادعى السرقة او الرد او نحوهما فان القول قوله بيمينه في جميع ذلك لانه محسن وامين و (ماعلى المحسنين من سبيل) الا ان يثبت خلاف ما يقول بالبينة .

الثاني - : مايكون لمصلحة القابض فقط ، والقول هنا ايضاً قول المالك لاالقابض عكس الاولى ، فلو خان المستعير ثم عاد لا يرتفع الضمان عنه ، لانه صار كالغاصب ، وصارت يده ضمانية ولا سبب لعود تلك اليد الزائلة و (الزائل لايعود) وهذا ايضاً مما لاينبغي الاشكال فيه ، انما الاشكال في :

الثالث - : وهوما كان القبض فيه لمصلحة الطرفين وذلك كالاجارة والمضاربة والوكالة بالاجرة وما جرى على هذا النهج ، فلو تعدى المستأجر في العين المستأجرة ثم عاد الى ما استحقه بالعقد او شرط عليه شرطاً فخالفه ثم عاد الى العمل به ، ثم تلفت بغير تفريط فهل يضمنها

لانه صار كالغاصب اولا لانه عاد الى الامانة ؟ المسألة جد مشكلة ، والذي ظهر لي من التتبع في كلمات فقهائنا انهم لايرتبون احكام الامانة أصلاً على هذين القسمين ، حتى قبل المخالفة ، فلو ادعى السرقة او الرد او النقص يلزمه الاثبات ولا يقبل قوله بيمينه ، بل القول قول المالك ، ولا يقبل قول الامين الا في القسم الأول الذي هو محسن وامين.

نعم لو ادعى المالك عليه التفريط بعد تصديقه في التلف امكن الحكم بقبول قوله بيمينه في جميع الاقسام الثلاثة ، ووجه الفرق بين هذا وبين تلك واضح يظهر بالتأمل .

✵ مادة : ٧٨٨ ✵ خلط الوديعة بمال آخر بحيث لايمكن تمييزها وتفريقها عنه ، بدون اذن المودع يعد تعدياً ، بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعة بدنانير له اودنانير وديعة عنده لآخر متماثلة بلا اذن فضاعت اوسرقت لزمه الضمان ، وكذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط .

« تحرير هذا » ان فاعل الخلط اما المالك المودع او المستودع او الاجنبي = فان كان هو المالك فقد ابطل الايداع وبرئت ذمة المستودع من العهدة ، وان كان هو المستودع او الاجنبي فلا يخلو اما ان يكون بالمماثل جنساً المساوي قيمة اوالاعلى اوالادنى وأما ان يكون بالمغاير جنساً وعلى كل التقادير اما ان يمكن التمييز والافراز ، او يتعذر او يتعسر ، فان كان الخلط بالجنس المساوى قيمة كخلط الحنطة بالحنطة المساوية ، او الدراهم بالدراهم ، فالامانة بحالها اذ

لم يحدث بنظر العرف ماينافي الحفظ فيقسمها وتبقى وديعة كما كانت ولو تلفت بلا تفريط لم يضمن ، وان كان بالجنس المتفاوت كحنطة جيدة برديئة او العكس فان امكن القسمة بالنسبة كثلث وثلثين فكالاول والا فكالخلط بالمغاير ان امكن التمييز تعين كخلط الحنطة بالشعير الذي يمكن افراز احدهما بالماء فالشعير يطفو والحنطة ترسب حيث لا يضر الماء وان لم يمكن كان بحكم التلف ويتخير المودع حينئذ بين تغريم المستودع او الاجنبي المثل او القيمة او البقاء على الشركة مع تغريمه ارش النقيصة او عيب الشركة ، واذا غرم المثل او القيمة صار المستودع او الاجنبي شريكاً مع صاحب المال المختلط انتقالاً قهريا او شركة قهرية .

هذا اذا بقي المال المختلط اما لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن للمودع مطلقاً ، سواء كان هو المستودع او الاجنبي ، لان المستودع بتصرفه الغير المأذون به خرج عن الامانة وصار ضامناً ، ولا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمة لان الامانة تعود بعد القسمة وافراز المالين فليتدبر .

ثم ان الخلط والامتزاج اما ان يكون اختيارياً او قهرياً والاختياري اما ان يكون باذن المودع او بغير اذنه ، اما بغير اذنه فقد تقدم واما الواقع باذنه او قهراً فهو ما انبأت عنه .

﴿ مادة : ٧٨٩ ﴾ اذا خلط المستودع الوديعة باذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة او اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق احد المالين عن الآخر ، مثلا -

اذا تهرى الكيس الذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير أخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته ، وبهذه الصورة اذا هلكت او ضاعت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان .

وحاصلها ان الوديعة اذا اختلطت بمال المستودع او غيره باذن المودع اوقهراً صارت شركة اختيارية او قهرية وحكم الشركة ان تلفت — كلاً او بعضاً — يكون على الشريكين ولا يضمن احدهما للآخر إلا مع العدوان وحيث لاعدوان فلا ضمان .

وقد اختلفت مذاهب القوم ، فالمنسوب الى ابي حنيفة : ان المال كله يكون للمستودع او الاجنبي ويضمن حصة المودع وصاحبه ابو يوسف يقول : ان الكل يكون تابعاً للاكثر وصاحبه يملك المجموع ويغرم الآخر .

وكلها أقاويل عارية عن الدليل ، والحق ماذكرناه في الشركة وتجري في الفرض المزبور احكامها .

﴿ مادة : ٧٩٠ ﴾ ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن واذا اودعها فهلكت صار ضامناً ، ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصير او تعدٍ منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها المستودع الاول وان شاء ضمنها للثاني فاذا ضمنها المستودع الاول فيرجع على الثاني بما ضمنها .

ظاهر العبارة ان الضمان على المستودع الأول فقط وهو قول

الحنفية ، لان الثاني امين الاول فلا رجوع عليه لا من المودع ولا من المستودع ، أما بقية فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى أن المودع مخير بين الرجوع على الاول أو الثاني ، فان رجع على الثاني رجع الثاني على الاول ولا عكس ، وهو قول الامامية قاطبة ، على قاعدة توارد الايدي على العين الواحدة ، هذا إذا هلكت عند الثاني بغير تفريط ، اما لو هلكت بتفريطه أو تعديه فللمودع الرجوع على كل منهما إتفاقا وقرار الضمان على الثاني كما صرحت هذه المادة .

﴿ مادة : ٧٩١ ﴾ اذا أودع المستودع الوديعة عند آخر باذن المودع خرج المستودع الاول من العهدة وصار الثاني مستودعاً .

فلا رجوع على الاول لو تلفت عند الثاني مطلقاً .

﴿ مادة : ٧٩٢ ﴾ كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة باذن صاحبها فله ان يؤجرها او يعيرها وان يرهنها ايضاً ، واما لو آجرها او اعارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها في يد المستأجر او المستعير او المرتهن ضمن .

لو اختصر كل ذلك بكلمتين لكان اصح وأفصح فقال : كل تصرف من استعمال او عقد على الوديعة باذن صاحبها نافذ وبدونه باطل وضامن ان دفعها الى المستأجر او المستعير ، ولا حاجة الى هذه التطويلات المملة او المخلة مثل :

﴿ مادة : ٧٩٣ ﴾ اذا اقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع ، وكذا

لوادى المستودع دين المودع الذي بذمته من الدراهم المودعة التي بيده فلم يرض المودع ضمن ايضا .

﴿ مادة : ٧٩٤ ﴾ يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم = اي مصارفهما وكلفتهما = عائدة الى المودع واذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع وهلكت او ضاعت ضمنها المستودع لكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئاً عن عذر كأن تكون حينئذٍ في محل بعيد ثم هلكت او ضاعت فلا يلزم الضمان .

عرفت قبلاً ان الوديعة امانة مالكية فلا يجب ردها الا مع الطالب بنفسه او وكيله فيردها له او لوكيله في خصوص الرد وكان ينبغي ان يضم اليها .

[مادة : ٧٩٥] يرد المستودع الوديعة بذاته او على يد امينه واذا أرسلها وردها بواسطة امينه فهلكت او ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تقصير فلا ضمان .

﴿ مادة : ٧٩٦ ﴾ اذا اودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص ثم جاء احد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع فان كانت الوديعة من المثليات اعطاه المستودع حصته وان كانت من القيميات لا يعطيه اياها .

منع ابو حنيفة من اعطاء احدهما بدون حضور الآخر مطلقا وفصل صاحباه هذا التفصيل ، ولعل نظرهما الى ان اعطاء حصته من المثلي كالطعام ونحوه لاضرر فيه وقسمته ممكنة بسهولة بخلاف القيمي

كالعبد والجوهر ، ويؤخذ عليهما ان اللازم حينئذ جعل المدار على امكان القسمة وعدمها لا على المثلي والقيمي اذ رب مثلي لا يمكنه كالثوب ونحوه .

وعلى كل فالحق هو المنع مطلقاً لان اعطاء حصة احدهما قسمة والمستودع حسب الفرض غير مفوض عليها ولا مأذون بها فيضمن نعم لو اذناله في ذلك صح بلا اشكال ، ولو دفع لاحدهما حصته في صورة عدم الجواز فتلفت اشترك الاثنان في الباقي واستقر الضمان على من تلفت الحصة في يده ويشتركان ايضاً في بدلها .

﴿ مادة : ٧٩٧ ﴾ يعتبر مكان الايداع فى تسليم الوديعة مثلا — لو اودع مال في (استانبول) يسلم في (استانبول) ايضا ولا يجبر المستودع على تسليمه فى « ادرنه » . وهذا واضح .

﴿ مادة : ٧٩٨ ﴾ منافع الوديعة لصاحبها مثلا — نتاج حيوان الوديعة ـ اي فلوه ولبنه وشعره ـ لصاحب الحيوان .

هذا واضح لان منافع العين لمالكها ولا فرق فى ذلك بين المنافع العينية كاللبن والصوف والنتاج وبين الاعتبارية كسكنى الدار وركوب الدابة .

ومن الغريب هنا قول بعض الشراح :

أما غير المتولدة كبدل الايجار فهي الى المستودع فاذا آجر المستودع الوديعة وأخذ اجرتها تكون له دون المودع وان كانت غير طيبة وكذا اذا اتجر المستودع بالنقود المودعة وربح بها فالربح له دون

المودع اه .

﴿ مادة : ٧٩٩ ﴾ اذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الانفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقة المفروضة من الدراهم المودعة لايلزم الضمان ، وأما اذا صرف بدون امر الحاكم فيضمن .

ومن المعلوم ان الحاكم لايحكم بهذا الحكم الا بعد تحقق مقدمات .

﴿ منها ﴾ استحقاق النفقة .

و ﴿ منها ﴾ عدم امكان مراجعة المودع .

و ﴿ منها ﴾ عدم وجود مال آخر له وهكذا .

كما انه لو تعذر او تعسر مراجعة الحاكم كان لنفس المستودع ان ينفق منها على واجب النفقة ولكن مع اخذ الوكيل على دفع بدلها لوتبين ان المودع كان قد دفع النفقة او كان المنفق عليه غير مستحق .

﴿ مادة : ٨٠٠ ﴾ اذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجى افاقته ولو صحوه منه وكان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطي كفيلا ماليا ويضمنها من مال المجنون ، ثم اذا افاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها او هلاكها بلا تعد ولا تقصير يصدق بيمينه ويسترد ما اخذ من ماله بدل الوديعة .

هذه القضية الفرضية مرجعها الى الحاكم الذي هو ولي المجنون وهي منوطة الى نظره ، وكل تصرف يكون فى ماله من غير اجازة الحاكم

فهو حرام باطل حتى لو وجد المودع عين ماله ـ اي الوديعة ـ لايجوز له اخذها الا بمراجعة الحاكم على الاحوط الا في بعض الصور .

﴿ مادة : ٨٠١ ﴾ اذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً فى تركته تكون امانة فى يد وارثه فيردها لصاحبها واما اذا لم توجد عيناً فى تركته فان اثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة في حياته كأن قال : رددت الوديعة لصاحبها ، او قال : ضاعت بلا تعد ، فلا يلزم الضمان ، وكذا لو قال الوارث : نحن نعرف الوديعة ، وفسرها ببيان اوصافها ثم قال : انها هلكت ، اوضاعت بعد وفاة المستودع ، صدق بيمينه ولا ضمان حينئذ ، واذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلا فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه ، وكذا لو قال الوارث : نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها وبصفها لايعتبر قوله : انها ضاعت ، وبهذه الصورة اذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة .

لاريب ان الوديعة كالوكالة تبطل بموت كل من المودع والمستودع وحينئذ يجب على وارث المستودع بمجرد موته ان يرد العين الى المودع كما يجب على نفس المستودع ان يردها على وارث المودع لو مات لانها خرجت عن الامانة المالكية وصارت شرعية فلولم يبادر الى ردها وتلفت ضمنها مطلقاً حتى مع عدم التعدي ولا يصدق بدعوى التلف من غير تفريط حتى مع يمينه بل يلزمه الاثبات لو ادعى عدم التقصير في المبادرة على تأمل

وعلى كل فاطلاق ﴿ المجـلة ﴾ انها تكون امانة في يد وارثه على اطلاقه غير سديد .

وكذا قولها : لوقال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسرها الخ. فلو مات المستودع ولم يعلم حال الوديعة لاتؤخذ من تركته الا بعد اقرار الورثة او اثباتها عند حاكم الشرع ويمين المودع انه لم يسترجعها

﴿ مادة : ٨٠٢ ﴾ اذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه لكن لو كانت التركة مستغرقة بالدين فيرفع الأمر الى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع .

﴿ مادة : ٨٠٣ ﴾ الوديعة اذا لزم ضمانها فان كانت من المثليات تضمن بمثلها وان كانت من القيميات تضمن بقيمة يوم لزوم الضمان .

عرفت مكرراً انهم قسموا الأموال الى مثلية وقيمية ، وحكموا بان المثلي يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة ، وعرفوا كلاً منهما بتعاريف لا تخلو من نقاش ، وذكرنا ماعندنا في هذا الموضوع ، وان الاصل في ضمان كل مال هو المثل ، فحيث يوجد مثله وجب مثلياً كان او قيمياً والا وجبت القيمة ايضاً كذلك راجع (الجزء الأول) ولو اودع عنده سند الدين او قبالة المهر او صك ملكية الدار اشكل قضية الضمان ، ولكن اذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين وجحود الدائن فيمكن دعوى لزوم ضمان الدين عليه لانه قد فات

عليه بسببه وان كان لايخلو من اشكال .

وقد اهملت « المجلة » على عادتها مسائل الخلاف والتخاصم بين المودع والمستودع وغيرها وها نحن نذكر المهم في مواد .

(١) لو ادعى في المال الذي بيد شخص انه وديعة فانكر فالقول قوله بيمينه .

(٢) لو اعترف بالوديعة وادعى الرد او التلف او عدم التفريط او الانفاق عليها لحفظها او اجرة نقلها الى مكان حرز ، او ما يجرى هذا المجرى ، ففي كل ذلك القول قول المستودع لما عرفت من انه محسن وامين فيصدق بيمينه وان كان مدعيا ولكن خرج عن قاعدة المدعي بالاحسان .

(٣) لو انكر الوديعة ثم اعترف بها وادعى التلف لم يقبل قوله وعليه الاثبات لانه خرج بالجحود عن الائتمان ، ولكن لو ادعى ان الجحود كان لنسيان اوغرض آخر معقول يحلف على ذلك وعلى التلف اوالرد ويبرأ من الضمان ، وهكذا لوادعى الرد ثم ادعى التلف او العكس

(٤) لواعترف ان المال لزيد ولكنه ادعى الوديعة وتلف بلا تفريط فلاضمان ، ولو ادعى زيد انه قد غصبه منه فالقول قول المقر بيمينه ، وعلى مدعي الغصب الاثبات .

(٥) لو اعترف انه له ولكنه عارية يملك منافعها وادعى المالك انه وديعة فمنافعها له فالقول قول مدعي العارية بيمينه على تأمل

« ٦ » لو اعترف انه له وادعى المالك انه إجارة وادعى

المعترف أنه وديعة فالقول قوله بيمينه .

﴿ ٧ ﴾ لو كان له عليه دين وله عنده وديعة بقدره فدفع ذلك المبلغ وقال : هو دينك والوديعة تلفت يقبل قوله بيمينه .

﴿ ٨ ﴾ لو ادعى اثنان ان العين التي هي بيد زيد وديعة لهما فاما ان يصدقهما فيدفعها لهما او يعترف بها لاحدهما المعين او المردد او ينكرهما معاً ، فان اعترف بها لمعين دفعها له وانحصرت بينه وبين الآخر الدعوى ان ادعى كل منهما الاختصاص والاشتراكا .

وان اعترف لاحدهما المردد بقيت بيده الى ان تنتهي الدعوى بينهما فيدفعها لمن حكم له الحاكم ، وان انكرهما معاً توجه اليمين عليه لكل واحد منهما ، فان لكل حلفاً وكان المال بينهما ان ادعيا الاشتراك ، والا بقي بيده او يدفعه للحاكم الى ان تنتهي الخصومة بينهما ، وان حلف لواحد ونكل عن الآخر حلف واخذ المال ، ولو نكل حلف الآخر واخذه .

﴿ ٩ ﴾ لو تنازعا فقال احدهما للآخر : ان الذي دفعته لي هو ديني عليك ، وقال الآخر : بل هو وديعة يلزمك ان تردها لي والمسألة لاتخلو من غموض ولا يبعد ترجيح قول مدعي الوديعة لاصالة عدم الدين ولاعترافه بان يده متفرعة ومسبوقة بيد الآخر ، ومع ذلك فهي محتاجة الى التأمل .

ولعل هناك صوراً اخرى للخلاف وفي ماذكرنا كفاية .

الباب الثالث

في العارية

ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في

(المسائل المتعلقة بعقد الاعارة وشروطها)

[وهاهنا مباحث]

(الأول) ان « المجلة » ادمجت العارية في مباحث الوديعة ، وجعلتها = اي العارية = باباً من ابواب الوديعة نظراً للقدر الجامع بينهما ، وانهما من اصل واحد — وهو الامانة — وغفلوا عن البون الشاسع بينهما ، والفرق العظيم ، وان الوديعة ضد العارية تماماً ضرورة أن الوديعة إئتمان المالك ، والعارية إئتمان لمصلحة القابض ولهذا اختلفا في الاحكام فدعوى الرد يقبل باليمين في الوديعة ، ولا يقبل في العارية ، وكذا دعوى التلف ونحوه .

و « الحاصل » الاولى افراد العارية بكتاب مستقل كما صنعه

عامة فقهائنا ، وهذا سهل لا أهمية له ، انما المهم والمشكل جداً معرفة ان العارية عقد يحتاج الى ايجاب وقبول ، او هو ايقاع يكفي فيه الصيغة من المالك ، ولعل هذا يبتني على قضية تعرف حقيقة هذا العقد وانه هل هو تمليك المنافع او اباحة ورخصة في الانتفاع لا غير فهي على الأول عقد وعلى الثاني ايقاع ، وعند تدقيق النظر ، وتعمق الفكر لانجد العارية عند العرف تفيد اكثر من جواز الانتفاع لااقل ولا اكثر وليس لها نظر الى قضية التمليك اصلاً ، وكذا او ان المستعير وهب المنافع او صالح عليها او نقلها بغير اذن المالك او اجازته الى الغير باحد الاسباب الناقلة كان ذلك عدواناً منه وعملاً باطلاً ، ولو انه ملك المنافع بالعارية لجاز له كل ذلك فليتدبر .

الثاني

انهم ذكروا ان (العارية) تشدد وتخفف — من التعاور بمعنى التداول من يد الى يد مثلها العارة والجمع عواري وفعلها اعتور اومن اعاره اعارة بمعنى اخذه وذهب بسرعة وربما رجع الى الاول اومن عراه بمعنى قصده او من العار وهو اروهن الجميع فان العار يائي والعارية واوي ولذا تجمع على عواري ولا يحسن اطالة البحث فى هذا فان معنى العارية استعمالاً عند الشرع والعرف اجلى من كل تلك المآخذ ، وله اطلاقان (احدهما) عند المتشرعة اعني الفقهاء حيث يقولون كتاب العارية واحكام العارية وامثال ذلك فانهم يريدون به ذلك العقد او الايقاع الذي يفيد تمليك المنافع او اباحتها مجاناً (ثانيهما) عند

العرف حيث يقولون هذا الثوب عارية وهذا الكتاب مستعار او عارية ويريدون به العين التي اباح المالك منافعها او ملكها لغيره مجانا فهي تطلق على اسم المعنى مرة وعلى اسم العين اخرى واصح مأخذها التعاور بمعنى التداول سواء جعلناها مصدراً او اسم مصدر او اسم عين .

الثالث

ان الظاهر من مصاديق العارية المتداولة بين الناس انها اباحة الانتفاع بالعين مجانا فهي الى الايقاع اقرب منها الى العقد ولكن المشهور بين الفريقين انها من العقود وهو صريح المجلة مادة « ٨٠٤ » الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي مثلا لو قال شخص لآخر اعرتك مالي هذا او قال اعطيتك اياه عارية فقال الآخر قبلت اوقبضه ولم يقل شيئا او قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية فاعطاه اياه انعقدت الاعارة ، وهذا هو الذي يظهر من « المحقق » في الشرائع حيث قال رضوان الله عليه : وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة — ولكنه اصاب حيث قال في آخرها : ولا يجوز اعارة العين المستعارة الا باذن المالك ولا اجارتها لان المنافع ليست مملوكة للمستعير وان كان له استيفاؤها (انتهى) وقد رد بهذا كل من توهم او عبر عن العارية بانها تمليك المنفعة للمستعير ومن تأمله وجده كالصريح في ان حقيقتها ايقاع وان وقعت بصورة العقد واشتملت على الايجاب والقبول فانه صورة عقد لا عقد حقيقة ولا ينبغي الريب في هذا كما لا ريب في جريان المعاطاة فيها عقداً كانت او ايقاعا فالعقد يقع كما تشعر به هنا عبارة « المجلة »

بكل مادل عليها من الالفاظ شأن العقود الجائزة عموماً وان كان اقصى ماتنتهي العارية اليه هو الأذن — والاذن لايحتاج الى ايجاب وقبول ، وايضا فان العقود التزامات وتعهدات والعارية لا التزام فيها ولا تعهد نعم لا مانع من وقوعها بصورة العقد كما عرفت . ومن الغريب ان السيد الاستاذ قدس سره فى (العروة) تردد في جملة من العقود التي لاينبغي الريب في عقديتها كالضمان والحوالة والوكالة ثم جزم اخيراً بانها ايقاعات ولم يذكر العارية منها وهي احق بالذكر والجزم بكونها ايقاعا اما تلك العقود فلا ريب في كونها عقودا ولا سيما الضمان والحوالة ، وعلى كل فاحراز الرضا الفعلي من المالك قولاً وفعلاً بانتفاع شخص بماله كاف في جواز التصرف والانتفاع ويكون عارية وتجري عليه احكامها سواء كانت عقداً او ايقاعا كما صرح به المحقق في عبارته المتقدمة فتدبره جيداً .

مادة « ٨٠٥ » سكوت المعير لا يعد قبولا فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء فسكت ثم اخذه المستعير كان غاصباً ،،

السكوت لايعد قبولا ولا يدل على الرضا الا فى موارد مخصوصة يكون شاهد الحال فيها دليلا على الرضا اما السكوت بذاته فلا يدل على شيء وقد تقدم فى الجزء الاول فى القواعد الكلية ، مادة (٦٧) لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت فى معرض الحاجة بيان .

والقصارى انه لاخصوصية فى العارية ولا غيرها فى عدم الاكتفاء بالسكوت وان المدار فى جميع موارده على القرائن الحالية فان دلت على

الرضا فهو والا فالسكوت ليس له اي اثر ، ومن هنا يندفع سؤال الفرق بين الوديعة وبين العارية حيث اكتفت « المجلة » بالسكوت في الاولى دون الثانية كما نصت عليه مادة « ٧٧٣ » فان القرينة هناك دلت على الرضا لا السكوت ولو حصل في العارية لكفى لكنها في الغالب لا تحصل فافهم هذا جيدا .

ثم ان من المتفق عليه ان العارية كالوديعة عقدا كانت او ايقاعا جائزة بمعنى ان للمعير ان يرجع متى شاء لانها في الحقيقة ليست الا الاذن بالتصرف كما عرفت وتعرف في مادة « ٨٠٦ » وللمستعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء ، ومادة « ٨٠٧ » تنفسخ الاعارة بموت المعير والمستعير .

بل يرتفع الاذن بموت احدهما لزوال الموضوع والتعبير بالانفساخ تسامح

مادة « ٨٠٨ » يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به بناءً عليه لا تصح اعارة الحيوان الناد الفار ولا استعارته ،،،

ان كان الحيوان الفار مما يستبعد في العادة عوده كالطير الوحشي الذي صاده ثم طار او السمك الذي رجع الى الماء كانت العارية لغوا لعدم موضوع لها وان كان مما يمكن عوده عادة او يمكن ولو للمستعير تحصيله فلا مانع من صحة العارية .

مادة « ٨٠٩ » يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين بناءً عليه لا يجوز اعارة المجنون ولا الصبي غير المميز اما الصبي المأذون فيجوز اعارته واستعارته :

اعتبار قيد التمييز بعد اعتبار قيد العقل مستدرك عند اولي التمييز اما عند الامامية فالبلوغ معتبر في جميع المعاملات ولا يكفي التمييز الا في موارد مخصوصة كوصية من بلغ عشراً ونحوها من اعمال البر والمعروف ويمكن على القول بان العارية إباحة إندراجها في ذلك على تأمل .

مادة « ٨١٠ » القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض ؛ لم نجد لفقهائنا ولا لفقهاء المذاهب نصاً على هذا الشرط وبناءً على كونها عقداً فحال القبض بالنسبة اليها حال سائر العقود اما بناءً على كونها اباحة ورخصة فلا معنى لاعتبار القبض فيها اصلاً كما هو واضح

مادة « ٨١١ » يلزم تعيين المستعار وبناءً عليه اذا اعار شخص احدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الاعارة بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابة التي يريد اعارتها لكن اذا قال المعير المستعير خذ ايهما شئت عارية وخيره صحت العارية ،،،

ليس معنى هذا لزوم التعيين بل معناه ان الابهام مفسد للعارية فاذا اعاره احدى الدابتين، وجعل الخيار له او للمستعير صح لعدم الابهام فتتوجه العارية الى مايقع عليه الاختيار اما لو اعاره واحدة منهما من دون تعيين ولا تخيير بطلت للابهام فتأمله فانه لايخلو من دقة .

الفصل الثاني

في بيان احكام العارية وضماناتها

مادة ﴿ ٨١٢ ﴾ المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل بناءً عليه ليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرةً بعد الاستعمال ،،، هذا هو قوام حقيقة العارية وهو اما اباحة المنافع او تمليكها بلا عوض وهذا هو الفارق بينها وبين الاجارة .

مادة ﴿ ٨١٣ ﴾ العارية امانة في يد المستعير فاذا هلكت او ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان مثلا اذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير قضاءً بلا عمد او زلقت رجل المستعير فانصدمت على مرآة فانكسرت لا يلزمه الضمان وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا يضمن ،،، من الشايع المعروف على السنة المتفقهة عندنا ان العارية لا تضمن الا عارية الذهب والفضة والا مع الشرط وهي العارية المضمونة والظاهر ان هذا مما تفردت به الامامية فقد تظافرت نصوص اهل البيت (ع) ان العارية لا تضمن الا ما كان من ذهب او فضة فهي مضمونة الا ان يشترط عدم ضمانها فاسباب ضمان العارية ثلاثة (الاول) التعدي

والتفريط (الثاني) اشتراط ضمانها (الثالث) كونها من ذهب او فضة وان لم يشترط الا ان يشترط عدمه وموارد التعدي لا تعد وقد اشارت المجلة الى بعضها في مادة « ٨١٤ » اذا حصل من المستعير تعد او تقصير بحق العارية ثم هلكت او نقصت قيمتها فبأي سبب كان الهلاك او النقص يلزم المستعير الضمان الى قولها : وكذلك اذا استعار انسان حلياً فوضعه على صبي وتركه بدون ان يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي فان كان الصبي قادراً على حفظ الاشياء التي عليه لا يلزم الضمان وان لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان ،،،

كل ذلك لان التقصير والتجاوز يخرجه عن الامانة فيكون ضامنا مطلقاً سواء كان التلف سماويا بعد ذلك او غير سماوي كما ان وضع الحلي المستعار على الصبي بغير اذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقاً .

مادة « ٨١٥ » نفقة المستعار على المستعير ، بناء عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن ، تقدم في صفحة ١٦٦ من الجزء الثاني احتمال ذلك ولكنه محل نظر بل الاصل الاولي يقتضي كونها على المالك والا كانت اشبه بالاجارة التي هي تمليك بعوض هذا مع الاطلاق اما مع الشرط فلا ريب انه هو المتبع .

مادة « ٨١٦ » اذا كانت الاعارة مطلقة اي لم يقيدها ...

حاصل هذه المادة والتي بعدها ان العارية تارة تقع مطلقة فتتقيد بالعرف والعادة فلو تجاوزهما وعطبت ضمن وتارة تقع مقيدة فلو تجاوز القيد

ضمن مطلقاً سواء تجاوزه الى المساوي أو الاعلى اوالادنى ولا حاجة الى كل ذلك التطويل ، ومن هنا تعرف الخلل في مادة « ٨١٨ » اذا قيدت الاعارة بنوع . . .

فان ذكر المعير لنوع من الانواع ان كان على نحو القيدية لايجوزالتجاوز عنه حتى الى الادنى والاخف لعدم الاذن فيه غايته ان قرائن المقام غالباً تدل على ان المراد بالقيد هو التحديد بالنسبة الى الأشد لا الاخف وان الملحوظ رعاية العناية بالعين والمحافظة عليها اما مع الشك وعدم القرينة المفيدة للعلم فلا يجوز التعدي . واوهى من هذا كله مافي مادة « ٨١٩ » اذا كان المعير اطلق الاعارة بحيث لم يعين . . .

فقد مرت عليك الاشارة الى ان اطلاق العارية يقتضي اقتصار المستعير في الانتفاع بنفسه ولا يجوز التعدي الى غيره الا ان يصرح له بالتجاوز فان العارية سواء كانت تمليكا او اباحة هي على خلاف الاصل لانها تمليك مجاني ، فالقدر المتيقن من قول المالك اعرتك حجرتي جواز سكناه فيها بنفسه او مع من يتصل به عادة ولا يشمل الاجنبي قطعاً ولو اعاره الفرس لا يجوز ان يدفعها المستعير ليركبها غيره الامع تصريح المالك ، ومن هذا يظهر الاضطراب في مادة (٨٢٠) يعتبر تعيين المنتفع في اعارة الاشياء التى تختلف باختلاف المستعملين ولا يعتبر في اعارة الاشياء التى لاتختلف به الا انه ان كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمعير ان يعيره لآخر يستعمله ، مثلا

لو قال المعير للمستعير اعرتك هذا الفرس لتركبه انت فليس له ان يركبه خادمه ، وأما لو قال له اعرتك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره ، لكن اذا قال له ايضا لاتسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره .

ومجال النظر فيها من وجهين « الاول » ان اعتبار تعيين المنتفع فى اعارة الاشياء التى تختلف باختلاف المستعملين ممنوع بل غايته ان المعير ان عين شخصا تعين وان اطلق انصرف الى المستعير بنفسه ولا يجوز ان يتجاوز الى غيره « الثاني » ان جعل الفرس مما يختلف والبيت مما لا يختلف ايضاً محل منع فان الساكنين ايضا يختلفون باستعمال البيوت فلو قال له اعرتك البيت فظاهر هذا اختصاص العاريه به فلا يجوز ان يسكنها صديقه اوقريبه الا باجازة صريحة خاصة او عامة (والقصارى) ان المتبع مقدار الأذن واخذ المتيقن من كلامه ، وكل مورد يشك فيه فالأصل عدم الجواز وعليه يبتني مادة « ٨٢١ » لو استعير فرس بان يركب الى محل معين الى آخرها .

فان العارية والأذن مع الاطلاق ينصرف الى المتعارف ويبقى غيره مشكوكا والاصل عدم الجواز فلو تجاوز المتعارف ترتب الضمان عليه بالتلف حتى مع عدم التعدي والتفريط .

مادة « ٨٢٢ » اذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها فاعارته اياه بلا اذن الزوج فضاع فان كان ذلك الشيء

مما هو داخل البيت وفي يد الزوج عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجه وان شاء ضمنه المستعير .

العبارة مضافاً الى سوء التعبير من حيث العربية في ضمنه لزوجه - قاصرة عن بيان المراد ، ومحصلها ان المرأة اذا اعارت شيئاً من اثاث البيت الذي هو في ملك الزوج ولكنه فى يدها لانه من مرافق الحياة البيتية فاعارته وتلف عند المستعير من غير تقصير فلا ضمان عليها ولا على المستعير وان لم يكن فى يدها كالفرس والكتاب مثلا فالزوج مخير بين تضمين الزوجة وترجع على من تلف المال بيده او تضمين المستعير فان كان مغروراً منها رجع عليها والا فلا ولكن عدم الرجوع فى الشق الاول مشروط بوجود اذن الفحوى وقرائن الحال برضا الزوج ان تعير شيئاً مما فى يدها من امواله والا فهي ضامنة ايضاً ومن هنا تعرف القصور ايضاً فى عبارة المجلة هنا لفظاً ومعنى .

مادة (٨٢٣) ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير فاذا استعار مالاً ليرهنه على دين فى بلد فليس له ان يرهنه على دين فى بلد اخرى فاذا رهنه فهلك لزمه الضمان .

وهذا يكشف عن عدم ملكية المستعير المنافع والا فلو كان مالكا لها لجاز نقلها الى غيره باجارة وصلح او غيرهما اما الرهن فلا يصح بدون الاذن الصريح لان الرهن يقف على الملك والمستعير غير مالك

مادة (٨٢٤) للمستعير ان يودع العارية عند آخر فاذا

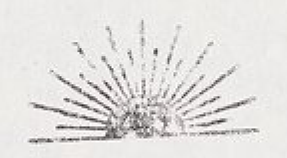
هلكت في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير لايلزم الضمان مثلا اذا استعار دابة على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فاودعها عند شخص ثم هلكت حتف انفها فلا ضمان ، هذا على اطلاقه ممنوع بل هو مقيد بصورة الحاجة والضرورة وحيث يتوقف الحفظ على ايداعها اما مع عدم ذلك فلا يجوز له ان يودعها عند الغير فانه تصرف غير مأذون فيه فلو تلف كان مضمونا .

ثم ان المواد المذكورة هنا في المجلة من مادة « ٨٢٥ » الى « ٨٣١ » كلها واضحة لا تعليق لنا عليها سوى المادة الاخيرة « ٨٣٢ » اذا كانت اعارة الارض للزرع سواء كانت موقتة او غير موقتة ليس للمعير ان يرجع بالاعارة ويسترد الارض قبل وقت الحصاد ، ، ، هذا يوشك ان يكون تهافتاً مع المادة التي قبلها الظاهرة في أن له الرجوع في الموقتة مطلقاً غايته انه يضمن التفاوت .

ثم ان العارية اذا كانت موقتة الى شهر مثلا وتأخر وقت الحصاد بعده الى شهرا واثنين ثم رجع المعير فاللازم على المستعير اما ان يقلع الزرع و يجعله قصيلا أو يعطي اجرة المدة الباقية الى الحصاد وكذا لو كانت غير موقتة فان عدم التوقيت لايجعلها لازمة على المعير بل له الرجوع متى شاء على اصل قاعدة العارية المطلقة نعم في الموقتة يمكن ان يقال انه لايجوز له الرجوع في اثناء المدة لان التوقيت كالتزام

ضمني فلا بد من الوفاء به و يمكن المناقشة فيه بانه وان كان التزاما لكنه غير لازم ولا وقع شرطاً فى ضمن عقد لازم ،، الى هنا انتهت مباحث العارية

﴿ ولله الحمد والمنة ﴾



بسم الله الرحمن الرحيم

ولله الحمد

الكتاب السابع

في الهبة

يشتمل على مقدمة و بابين

المقـدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة

مادة (٨٣٣)

الهبة تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ، اعلم ان معنى الهبة ومشتقاتها حسب استعمالاتها اللغوية واسع الى مدى شاسع واقرب عبارة تعرب عنه هو العطاء والنحلة المشوب برشحة من الاحسان والتفضل سواء كان المعطى مالاً او غيره عيناً او غيرها فيصح ان تقول بلا تكلف وعنايـة وهبتك ودي كما تقول وهبتك مالي و يصح ان تقول وهبني الله ولداً كما تقول وهبني عزاً وملكا (رب هب لي من لدنك وليا يرثني) (ووهبنا له اسحق ومن وراء اسحق يعقوب) كلها استعمالات حقيقية لا تجوز فيها اصلا ، نعم اختصت الهبة في لسان الشرع والمتشرعة بتمليك العين بلا عوض كما سيأتي وهو المراد هنا ،،، وكان البيع والاجارة هما اصل عقود المعاوضات اي الاصل في مبادلة المـال

بالمال = فكذلك الهبة والعارية هما الاصل في عقود المجانيات وهما اظهر واشهر مايقع به تمليك العين او المنفعة بلا عوض بناءً على اندراج العارية في العقود على المشهور - وان كان الاصح عندنا ان حقيقتها اذن واباحة كما سبق ، وعلى كل - فالهبة هي الاصل في تمليك الاعيان بلاعوض . فالهبة في الاعيان كالعارية في المنافع ، والعارية - الاصل في اباحة المنافع او تمليكها مجاناً . وقد شاع عند الفقهاء تعريف الهبة بانها تمليك مال بلا عوض وفيه نوع تسامح واجمال يحتاج الى توضيح وتشريح فنقول - ان تمليك المال عيناً او منفعة بل او حقاً حيث يكون من الحقوق القابلة للانتقال - اما ان يكون بازاء عوض مالي اولا - فالاول يقع بعقد البيع والاجارة والصلح - والثاني وهو التمليك بغير عوض مالي اما ان يكون بعوض لنفس التمليك فهو الهبة المعوضة فان العوض فيها كما عرفت لنفس الهبة لا للعين الموهوبة - ومن هنا دخلت الهبة المعوضة في مطلق الهبة وصارت من اقسامها .

واما ان يتجرد عن العوض المالي فاما ان يكون بقصد الاجر والثواب وهو الصدقة بالمعنى العام - فان كان تمليكا طلقا فهو الصدقة بالمعنى الخاص . وان كان تمليكا لعين مقيداً ببقائها ودوامها اى وقوفها وعدم نقلها فهو الوقف . وان كان للمنفعة فقط مدة عمر احدهما او مدة معينة فهي العمرى او الرقبى . واما ان يتجرد حتى عن الاجر فان كان بصورة العقد ايجابا وقبولا فهي الهبة واما ان يكون بصورة الارسال من غير عقد فهو الهدية وان لم يكن لا هذا ولا ذاك فهو العطية وان

كانت لرحم فهو النحلة ، هذه اصول معاني هذه الالفاظ بحسب وضعها اللغوي ، وقد يقوم بعضها مقام بعض بحسب استعمالها العرفي ، ولكن قد اتضح لك ان تمليك المال بلا عوض الذي عرفوا به الهبة هو القدر الجامع والمقسم الكلي الذي يعم الهبة وغيرها حتى الصدقة والوقف فضلا عن الهدية والعطية والامر في كل ذلك سهل انما المهم ان تعرف ان جميع هذه الاقسام داخلة في التمليك المجاني فلا يشتبه عليك الامر بالاباحة والرخصة والاذن بالانتفاع فانها اجمع اجنبية عن تلك الانواع بالكلية وهي في قبالها حتى الرخصة في اكل المال واستهلاكه فتدبره .

وقد تحصل من جميع ذلك ان الهبة عقد يفيد تمليك المال فعلا بلا عوض له اصلا ، فيخرج الهدية والعطية والنحلة لانها ليست عقودا . والوصية فانها وان افادت التمليك المجاني ولكن معلقا على الموت لا فعلا كما خرج بقيد عدم العوض البيع والاجارة والصلح والوقوف والصدقات ودخلت الهبة المعوضة فانها تمليك مال بلا عوض للمال . اما الرشوة فهي عطية ولكنها عطية محرمة والعطايا المحرمة كثيرة . نعم يبقى الكلام في العارية فان جعلناها عقد تمليك للمنافع وعممنا الهبة المنافع تداخلتا وان خصصنا الهبة بالاعيان او جعلنا العارية اذنا واباحة لا عقدا ولا تمليكا افترقتا .

◆ مادة : ٨٣٤ ◆ الهدية هي المال الذي يعطى لاحد او يرسل اليه اكراما ، وقد عرفت ان الغالب في الهدية الارسال وهو غير العطية وقد يستعمل الهدية في مورد الاعطاء تسامحا .

مادة (٨٣٥) الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب .

يعني العطاء الذي يقصد به القرب الى الله جل شأنه وطلب المثوبة منه ولا يلزم فيها الايجاب والقبول وتلزم بمجرد الدفع بقصد القربة مع القبض وهذه هي الصدقة بالمعنى الخاص بل الأخص الذي يمتاز عن الوقف واخواته من الصدقات التي لا تتحقق الا بالعقد عند المشهور .

مادة (٨٣٦) الاباحة عبارة عن اعطاء الرخصة والاذن لشخص ان ياكل او يتناول شيئاً بلاعوض ،،، وهذا غير التمليك والفرق مثل الصبح واضح فان المالك يتصرف كيف شاء والمأذون لايتصرف الا على حد الاذن ومقدار الرخصة فلا يقدر على البيع فضلا عن غيره الا باذن خاص .



الباب الاول

﴿ في بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبة ويشتمل على فصلين ﴾

الفصل الاول

في بيان المسائل المتعلقة بركن الهبة وقبضها

الكلام في الهبة يلزم ان يقع في اربع نواح ـ الواهب ـ الموهوب له العين الموهوبة ـ عقد الهبة وشروطه وحكمها من جواز ولزوم او غيرهما وقد تعرضت « المجلة » للعقد اولا وهو ركنها الاعظم في

مادة ﴿ ٨٣٧ ﴾ تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض

،،، اعلم ان جميع العقود المجانية التي مر عليك عناوينها لا يترتب عليها اي اثر الا بعد القبض فهو ركنها الاعظم وشطرها اوشرطها الاهم ، اي اهم حتى من الايجاب والقبول الا ترى ـ ان الهبة مثلا يترتب عليها اثرها المهم وهو التمليك بغير ايجاب وقبول كما لو انشأ الهبة بالاعطاء مع القبض فانها تفيد الملكية كما تفيدها المعاطاة في البيع على المشهور بخلاف مالو حصل الايجاب والقبول بدون قبض فانه لااثر لهما اصلا فركنية القبض في هذه العقود اهم من ركنية الايجاب والقبول بل ينسب الى بعض عدم الحاجة الى القبول وكفاية الايجاب وحده فتكون عنده من

الايقاعات وهو شاذ . اما اعتبار القبض في مطلق العقود المجانية وخصوص الهبة فالظاهر انه موضع اتفاق المسلمين وعند عامة المذاهب واخبار الفريقين به متظافرة . وفي النبوي المشهور (لا تجوز الهبة الا مقبوضة) ولعل حكمة التشريع في ذلك ان الشارع الحكيم حيث وجد المجانيات محض تفضل واحسان وبذلا للمال بلا عوض اراد ان يعطي الواهب الباذل فسحة المروية . ومجالا للتدبر وربما بدا له العدول بعد الايجاب والقبول ، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقاً وحرجا عليه وتضييعا لماله لذلك لم يكتف بالقول حتى يتبعه بالفعل اعني الدفع من الباذل والقبض من المبذول له « ولو قيل » يكفي لهذا الغرض جعل العقد جائزا فيرجع متى شاء (قلنا) اليس الرجوع بعد حصول الملكية قبيحاً شرعا كما هو كذلك عرفا ، والراجع في هبته كالراجع في قيئه فدفعاً لهذا القبح وهذه الحزازة لم يجعل العقد بنفسه موثرا اصلا كي لا يحتاج الى الرجوع كما في العقد الجائز فان اقبض نفذ والا فلا ، وهذا كله بخلاف عقود المعاوضات لمكان العوض فيها بخلافه هنا فليتدبر ، وظهر مما ذكرنا ان حق التعبير في « المجلة » ان تقول : لا تنعقد الهبة بالايجاب والقبول قبل القبض او ما يؤدي ذلك .

مادة « ٨٣٨ » الايجاب في الهبة هو الالفاظ المستعملة في تمليك المال مجانا كاكرمت ووهبت واهديت .

وقد مر غير مرة ان خاصية العقود الجائزة كفاية كل لفظ يدل عليها حقيقة او مجازا مع القرينة وقصد انشاء معنى ذلك العقد بل يمكن

دعوى ذلك حتى في العقود اللازمة وانها لاتختص بصيغ خاصة كما سبق في الجزء الأول وكيف كان فالهبة والصدقة بالمنقول لاتختص بصيغة معينة ويكفي فيها كل مادل عليها مثل خذه وهو لك مجانا وما اشبه ذلك ولا فرق في ذلك بين الزوج والزوجة اوغيرهما والمدار على القرائن حالية او مقالية بل يكفي قصد انشاء التمليك بالفعل اعني العطاء فيكون هبة معاطاتية كما في مادة «٨٣٩» تنعقد الهبة بالتعاطي ايضا ،، ولو قال بالعطاء او الاعطاء لكان احسن .

وانما تنعقد بالعطاء حيث تكون هناك قرينة قاطعة والا فلا فمجرد الاعطاء لا يكفي في الحكم بانه هبة بل يبقى على ملك الأول بالاستصحاب حتى يحصل اليقين كما ان بالعطاء تتم الهبة ولا حاجة الى القبول فالقبض قبول فعلي كما في مادة (٨٤٠) الارسال والقبض في الهبة يقوم مقام الايجاب والقبول لفظا ، ومادة « ٨٤١» القبض في الهبة كالقبول في البيع .

وكان الاولى جمع هذه المواد الثلاث في مادة واحدة بل بكلمة واحدة فنقول مثلا : تنعقد الهبة بالعقد والقبض وتتحقق ايضا بالعطاء والقبض وكل ماذكرته المجلة هنا زيادة مستدركة .

ثم ان المشهور عند فقهاء الامامية ان القبض المعتبر في صحة الهبة يشترط فيه ان يكون باذن الواهب فلو قبضه المتهب بدون اذنه لم يكن له اثر في الصحة وعلاوه بعلة معقولة وهي ان العين بعد العقد قبل القبض حيث انها باقية على ملك الواهب فقبض المتهب لها تصرف بمال الغير

بدون اذنه وهو حرام فلا يترتب عليه اثر شرعي ، وهي وان امكن المناقشة فيها ولكنها ببعض الاعتبارات التي مرت الاشارة اليها متجهة بل وقوية ، فما قواه السيد الأستاذ (ره) في ملحقات العروة من عدم لزوم الاذن هو الى الضعف اقرب منه الى القوة وفاقا لما نصت عليه (المجلة) في مادة « ٨٤٢ » يلزم اذن الواهب صراحة او دلالة في القبض .

ووجهه ما عرفت من بقاء ملكية الواهب فلا يجوز للمتهب قبض العين بدون اذن مالكها ولو تلفت في يده كان ضامنا ولو اعترف الواهب بالاذن وانكر الاذن بالقبض كان القول قوله - فما ذكرته « المجلة » من اعتبار الاذن صحيح ولكن ما في مادة (٨٤٣) ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة .

على اطلاقه ممنوع بل ان اقترن الايجاب بقرينة تدل على الاذن كفى والا فلا اما صرف الايجاب فلا دلالة فيه على الاذن بالقبض اصلا بشيء من الدلالات الثلاث اذ الدلالة فرع التلازم ولا تلازم بين الامرين بجميع الوجوه « ودعوى » ان مقصود الواهب لما كان هو اثبات ملكية الموهوب بعقد الهبة فيكون الايجاب تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده ففي الايجاب دلالة على الاذن بالملازمة (مدفوعة) بان كون قصده اثبات الملكية انشاء مسلم ولكن كون قصده تحققها بالفعل غير مسلم والملازمة تأتي على الثاني لا الأول فتدبره .

وقول (المجلة) واما اذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فاني وهبتك الى آخره هو من الواضحات الغنية عن البيان انما البحث فيما ذكروه في مادة ﴿ ٨٤٤ ﴾ اذا اذن الواهب صراحة بالقبض فيصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق واما اذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق مثلا لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح واما لو قبضه بعد الافتراق فلا يصح . كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب وخذه فاذا ذهب الموهوب له واخذه لا يصح .

فان التفرقة بين الاذن صراحة فيصح القبض حتى بعد الافتراق وبين الاذن دلالة فمقيد بمجلس الهبة تحكم صرف وتفرقة من غير وجه فارق اذ المدار على الاذن ووجود ما يدل عليه وبعد حصول الدلالة فاي فرق بين الكناية والتصريح ولعلها ابلغ ، والحق عندنا معشر الامامية ان المعتبر هو الاذن فاذا حصل العلم به من اي طريق كفى في الصحة سواء قبض في مجلس الهبة او في مجلس آخر وسواء كان الاذن في مجلس الهبة او بعده بل ربما يظهر من بعض اخبار ائمتنا (ع) امتداد الاجل الى الاجل فلو اذن وقبض قبل الموت صحت الهبة التي سبقت بامد طويل .

مادة ﴿ ٨٤٥ ﴾ للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البايع .

الظرف الأخير ان تعلق بالفعل كان المعنى ان المشتري له ان

يهب ماشتراه للبايع قبل قبضه منه وهذا صحيح نافذ فان المعتبر قبض الموهوب له وهـو حاصل لا الواهب الذي اشترى ولم يقبض ، وتوهم بعضهم ان هذا يرجع الى الاقامة واضح الفساد اذ هي حل لعقد البيع ولذا يرجع بالثمن والهبة هنا تؤكد البيع وليست حلاً له ولذا لا يرجع بالثمن وان تعلق الظرف بالمصدر كان معناه ان المشتري له ان يهب للغـير ماشتراه قبل قبضه من بايعه فيكون اعم من الاول يعني له ان يهبه للبايع اولغيره وهذا ايضا صحيح لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب بل تتوقف على قبض الموهوب له . وعليه يتفرع مادة (٨٤٦) من وهب ماله الذي هو في يد آخر تتم الهبة ولاحاجة الى القبض والتسليم مرة اخرى .

والمقصود بهذه المادة بيان ان قبض المتهب لازم لصحة الهبة حيث لايكون مقبوضا له وفي يده اما لو كان في يده فلا حاجة الى قبض جديد بان يأخذه منه ويرده عليه ، والقبض السابق كاف مهما كان سواء كان بوجه صحيـح اولا كالغصب ونحوه وسواء كان ضمانيا كالمقبوض بالسوم ونحوه اوغير ضماني كالامانات وسواء كان مضمونا بالمثل او القيمة او المسمى كالمبيع المستاجر فالقبض السابق في جميع هذه الموارد يقوم مقام القبض الجديد في الهبـة حتى لو وهب المالك غاصبـه المغصوب الذي في يده صح . وظاهر الاصحاب عدم الحاجة ايضا الى الاذن باستمرار القبض ، واستدلوا بوجوه اوجهها انصراف ادلة القبض او الاذن به عن هذه الصورة وقد ناقش السيد الاستاذ رحمه الله في تلك ثم عول على الانصراف اخيراً .

مادة ﴿ ٨٤٧ ﴾ اذا وهب احد دينه للمديون او ابرأ ذمته من الدين ولم يرده المديون تصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال .

قيد عدم رد المديون لامحل له اصلا ، وتحرير هذا البحث ان هبة الدين اما ان تكون للمدين او لغيره فان كانت لغيره فهي هبة محضة يلزمها القبول كما يلزمها القبض والا فلا اثر لها بدونه كما تنص عليه المادة الآتية ، وان كانت للمديون فهي على نحوين لان الواهب يقصد تارة اسقاط الدين وابراء ذمته منه ولا تكون له حالة منتظرة بل يوقعه ناجزاً فهذا ابراء واسقاط محض وان وقع بصورة الهبة ولا اثر للرد والقبول في هذه الصورة اصلا لان حقيقته ايقاع لاعقد والايقاعات تتحقق معانيها بمجرد إنشائها ان صدرت من اهلها وفي محلها . وتارة يكون صميم قصده الهبة بمعنى انه يريد ان يملكه الدين الذي له عليه كما يملكه للغير وينتظر قبوله وعدمه فهذه هبة محضة باي عبارة وقعت ، وهذا موضع ما يقال (ان العقود تابعة للمقصود) وفيه يكون مجال للرد والقبول فان قبل المديون صح العقد وتمت الهبة لان مافي الذمة مقبوض حقيقة او كالمقبوض وان رد لم يقع شيء وبقي مشغول الذمة بالدين ففي الاولى لاموضع للرد والقبول بخلاف الثانية ولا صورة ثالثة في المقام .

وفى هذه المادة خلل من وجهين (الاول) ان ظاهرها عدم لزوم القبول فى هذه الهبة ولكنها ترد بالرد وهذا تهافت و كجمع بين المتنافيين (الثاني) انها جعلت الابراء كالهبة فى انها تبطل بالرد مع ان الابراء ايقاع كما عرفت ولا معنى للرد والقبول اصلا و كأن ارباب المجلة اعتبروا

هبة الدين للمديون ذات وجهين فمن وجه هي ترد بالرد ومن اخرى ابراء فلا تحتاج الى قبول،وقد ظهر ان المدار على قصده اماهبة او ابراء وهما معنيان متغايران والمرجع في تشخيص احدهما مايظهر منه من حال او مقال فتدبره جيداً .

وعلى كل حال فبعد القبول يشتركان في سقوط الدين حالا كان او مؤجلا

مادة « ٨٤٨ » من وهب دينه الذي هو في ذمة احد لآخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذه فذهب الموهوب له وقبضه تم الهبة،يعني وتبرأ ذمة المديون من دائنه وهي اشبه ماتكون بالحوالة وان فارقتها من بعض الوجوه .

مادة (٨٤٩) اذا توفي الواهب اوالموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، يعني لاينتقل حق القبض الى ورثة الموهوب له لان المال قد انتقل الى ورثة الواهب وليسوا هم الواهبين كما ان ورثة الموهوب له غير موهوب لهم حتى يعتبر قبولهم او قبضهم ، نعم لو جعلنا القبض بعد اذن الواهب حقا لا حكما امكن القول بانتقاله الى ورثة الموهوب ولا يضر انتقاله الى ورثة الواهب فانه قد انتقل على هذه الصفة ولكنه مشكل .

مادة (٨٥٠) اذا وهب احد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئاً فيلزم التسليم ، حال الولد الكبير حال غيره من رحم وغيره في اعتبار القبض وعدم صحة الهبة بدونه ولكن الهبة الى الصغير والمجنون لايخلو اماان تكون من غيرالولي فلا تصح الا بقبض الولي . واماان تكون منه لاحدهما وهي في يده وحينئذ فيكفي قبضه ولا حاجة الى تجديد قبض .

ولكن الاصح اعتبار تجديد القصد بان يقصد بان الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له واما اذا وهبه ماليس في يده فلا اشكال فى اعتبار قبضه فلا يصير ملكا للصغير حتى يقبضه وليه الواهب عنه ، والى بعض ماذكر اشارت مادة (٨٥٢) اذا وهب احد شيئا لطفل تتم الهبة بقبض وليه او مربيه .

ولا فرق عندنا في ذلك بين المميز وغيره وان لم يكن من البعيد كفاية قبض المميز ولا سيما باذن وليه .

مادة ٨٥٤ الهبة المضافة ليست صحيحة ، مثلا لو قال وهبتك الشيء الفلاني في راس الشهر الآتي لم تصح .

يظهر ان مرادهم بالهبة المضافة — الهبة المعلقة على وصف محقق الوقوع كرأس الشهر الآتي اوعند طلوع الشمس اوعلى شرط غيرمعلوم الحصول مثل ان جاء ولدي من السفر يوم الجمعة ، اواذا عوفي مريضي ونحو ذلك ، وقد مر عليك غير مرة ان التنجيز عندنا شرط فى جميع العقود لازمها وجائزها وان التعليق مفسد للعقد مطلقا ، وعليه فان كان الشرط فى الهبة ينافي تنجيزها بطل الشرط وتبطل الهبة ايضا الا من جهة ان الشرط الفاسد يفسد العقد اذ ليس المقام منه ولكن لفقد شرط العقد وهو التنجيز ، اما الشرط بذاته فليس بفاسد وانما فسد من هذه الناحية ، وان كان غير مناف لتنجيزها وهي لازمة لزوم الشرط ايضا وان كانت جائزة كان الشرط تابعا لها ، ولزوم الهبة المشروطة بالعوض انما هو للدليل الخاص والا فحقها ان تكون جائزة هي والعوض .

ومن هنا قد تشتبه الشروط بين ماينافى التنجيز وما لاينافيه مثلا لو قال وهبتك كتابي هذا بشرط ان يعود لي بعد وفاتك او لورثتي او قال وهبته لك بعد وفاتي فان جعلناه وصية صح لان طبع الوصية التعليق على الموت اما الهبة فيشكل فيها ذلك كما ان الاسقاط والابراء لايحتمل شيئا من التعليق اصلا ولو قال انت بريء من ديني بعد موتي لم يصح قطعاً لان الابراء ايقاع كالعتق والطلاق ولا يصح التعليق فيهما اتفاقا نعم صح ذلك فى خصوص التدبير لدليله الخاص ولا يقاس عليه وعلى مناسبة ذكر الشروط فى الهبة ذكرت «المجلة» الهبة بشرط العوض اي الهبة المعوضة فى مادة « ٨٥٥ » تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط

وقد انبأناك من قريب ان العوض فى الهبة يلزم عندنا ان يكون لنفس الهبة فلو جعله للموهوب كان اما هبة فاسدة لان حقيقة الهبة التمليك المجاني اى تمليك الموهوب بلا عوض له فلو شرط العوض له كان شرطا منافيا لطبيعة العقد فيبطل هو والعقد، واما بيعا فاسدا بناء على عدم جواز استعمال صيغة عقد فى عقد آخر اي في انشاء حقيقة عقد آخر اما ارباب « المجلة » فيظهر منهم انهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعا لاكثر فقهائهم فيكون كما صرح به بعضهم هبة فى البداية وبيعا فى النهاية ويعتبرون فيها التقابض فى المجلس او الاذن بعده ويسحبون عليها جملة من خصايص البيع كالشفعة وخيار الرؤية وجملة من الخيارات العامة كخيار العيب ونحوه وكل ذلك لايستقيم على مذهب الامامية من ان المعوضة هبة محضة لاتخرج عن طبيعة الهبة

بالتعويض نعم لاريب في اعتبار التقابض فيها من الجانبين فلو اقبض احدهما ولم يقبضه الآخر كانت جائزة ولو تقابضا لزمت من الجانبين وهو اي العوض المقبوض احد اسباب لزوم الهبة وسيأتي بقية الملزمات. وعليه يبتني الامثلة التي ذكرت في المتن وهي : مثلا لووهب احد لآخر شيئا بشرط أن يعطيه كذاعوضاً اويؤدي دينه المعلوم المقدار اذا راعى الموهوب له الشرط والا فللواهب الرجوع عن الهبة ، وكذلك لووهب احد عقاراً مملوكاً لآخر بشرط ان يقوم بنفقات الواهب الى وفاته ثم ندم وأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك مادام الموهوب له راضيا بانفاقه وفق ذلك الشرط .

والموهوب له يملك الموهوب بمجرد دفع العوض ان كان عينا او عملا دفعيا امالو كان تدريجيا كالانفاق وعدم الطلاق لو وهبته صداقها واشترطت عدم طلاقها فانه يملك الموهوب من حين شروعه بالعمل وتبقى الملكية مراعاة باتمامه فيكون ملكا متزلزلا كالمبيع بالخيار فان اتم لزمت والا كان له حق الرجوع فلو طلقها استردت المهر منه ، ولومات الموهوب له المشروط عليه الانفاق على الواهب الى حين موته وجب على ورثته ان يقوموا مقام ابيهم في الانفاق عليه لانه حق مالي تعلق بذمة مورثهم كدين من ديونه فيجب عليهم تفريغ ذمته منه فان لم يفعلوا كان للواهب ان يرجع بهبته ويدفع لهم ما استوفاه من النفقة الماضية ويسترد منهم قيمة ما استوفاه مورثهم من المنافع هذا ما تقتضيه القواعد في هذا الفرع وامثاله وقد غفل بعض الشراح عن ذلك فقال : واذا توفي

الواهب يتعذر على الموهوب له اداء العوض ويكون القيام بذلك خارجا عن امكانه ودرجة اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمة ماصرف عليه ويسترد ملكه على ماارى وان كان لانص على ذلك بدليل ان الموهوب له اذا اشترط على نفسه اعطاء عوض مقداره عشر ليرات فاعطى بعضه وتمنع من دفع الباقي فقد قال الفقهاء بان للواهب استرداد الموهوب ورد العوض المقبوض، انتهى .

وقد أخطأ الرجل القياس وقاس مع الفارق فان في صورة الموت ينتقل الحق الى تركته ويجب على ورثته اخراجه منها ويقوم كل واحد منهم بقسطه فاذا امتنع او امتنعوا ولم يمكن جبرهم جاءت قضية الرد والاسترداد كما في صورة الامتناع التي ذكرها ، اما في صورة الامكان وعدم الامتناع فيجب الوفاء بالعقد وشروطه ولا يجوز الفسخ واذا امتنعوا او امتنع هو فعلوا حراماً ، وأوجبوا للآخر خياراً فكيف يقاس هذا بذاك وهكذا حكم بقية ماذكره من الامثلة مثل مالو ظهر مستحقاً فان اللازم اما دفع المثل او القيمة والمحافظة على العقد وشروطه ومع الامتناع فالاسترداد ، ومن الغريب انه عقب ذلك بقوله : وليس لورثة الموهوب له ان يطلبوا بقاء الهبة والانفاق على الواهب من مالهم الى حين وفاته لانهم لم يتفقوا معه في الاصل، انتهى وقد عرفت انه هو المتعين ولا يصح غيره مع امكانه والانفاق يكون من التركة لا من أموالهم ولو امتنعوا يلزمون به وقوله لانهم لم يتفقوا معه في الاصل واضح الضعف بان الانفاق مع مورثهم يسري مفعوله

اليهم بل الى تركته نعم لولم يكن له تركة فلاحق على الورثة وبتعين الترداد والحقوق المالية على المورث اوله تنتقل الى الوارث اوعليه ، فلو اشترى دارا فيها خيار للبايع ومات انتقلت الدار للورثة وفيها خيار للبايع فلو فسخ يستردها منهم. وان كان الانفاق لم يكن معهم وهكذا نظائره ذلك وما نحن فيه من هذا القبيل .



الباب الثانى
فى
بيان شرائط الهبة

اركان الهبة التي تتحقق بها كما سبق - الواهب - الموهوب له - المال الموهوب - عقد الهبة - وحسن التحرير يقتضي ذكر شرائط كل واحد منها متميزاً عن الآخر ولكن « المجلة » داخلت بعضا ببعض وتحرير البحث هنا على الايجاز ، انه يشترط في الواهب مضافا الى الشروط العامة من العقل والبلوغ والرشد وعدم الحجر والخلو من مرض الموت عند جماعة والقصد والاختيار - ان يكون حراً مالكاً اوماذونا منه فلو وهب العبد او مال الغير وقف على الاجازة ، اما الموهوب له فلا يشترط فيه العقل ولا البلوغ ولا الحرية ولا الرشد بل تصح الهبة لفاقدها ويقبل عنهم الولي اوالمولى ولا عبرة بقبول المجنون او الطفل او السفيه اوالساهي او المكره ولا بقبضه ، وأهم الشروط فى الموهوب له ان يكون موجودا حال الهبة فلا تصح للمعدوم الذي سيوجد وفي صحتها للجنين اشكال ولا يبعد الصحة مع قبول الولي وقبضه كالوصية له .

(اما الموهوب) فيشترط ان يكون موجودا في العين اوفي الذمة

وان يكون مالا متقوما مملوكا مقدوراً على قبضه لا حق فيه للغير من رهن ونحوه معينا او متعينا لا مجهولا مطلقاً اولا واقع له فلا يصح وهبتك شيئاً او مالاً ويصح وهبتك مافي الصندوق اوصاعا من صبرة او احد هذين الثوبين ويتعين بالقبض اما المشاع فسيأتي .

(اما عقد الهبة) فيتقوم بالايجاب والقبول ويشترط فيه القبض والتنجيز ، هذا مايقال في هذا المجال ، واذا عرفته ونظرت مافي المجلة يتضح لك قصور البيان وضعف التحرير فيها وعدم الاستيفاء وقدقدمت بعض شرائط الموهوب في مادة (٨٥٦) يشترط لصحة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة ومدركه واضح فان المعدوم المطلق لايجري عليه تمليك ولا تملك ولا غيرها من الاحكام الا في موارد مخصوصة يتحقق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات ، بناء عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد ، مادة (٨٥٧) يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب ، بناء عليه لو وهب احد مال غيره لا تصح ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح مادة (٨٥٨) يلزم ان يكون الموهوب معلوما ومعينا بناء عليه لو وهب احد من المال شيئاً او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح .

اعلم ان الهبة ليست كالبيع في لزوم المعلومية التامة للمبيع وارتفاع الجهالة عنه من كل جهة بل حالها في ذلك امر بين الامرين فلا تصح الجهالة المطلقة ولا تلزم المعلومية التامة ولما كان هبة شيء او مال من المجهول المطلق لم يصح ولكن هبة عبد من عبدين ولا سيما اذا كانا

متساويين من جميع الجهات او ثوب من ثوبين كذلك فحيث ان الجهالة المطلقة مرتفعة ولا غرر في البين اذ ليست الهبة من عقود المعاوضات ولو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوي فالقاعدة تقتضي صحة امثال هذه الهبات وانما لم يصح مثل ذلك لدليل خاص من اجماع ونحوه ، على ان ارباب « المجلة » صححوا نظيره حتى في مثل البيع كما سبق في محله ، ولو قيل بعدم الصحة فلا فرق بين ان يقول ايما اردت من هذين الفرسين او قال وهبتك احد هذين الفرسين واذا كان التعيين مصححاً للهبة فليكن مصححاً لها في الصورتين والا فالفرق بينهما في الحكم تحكم وتفر[illegible]ن غير فارق كما ان قبول التعيين في المجلس دون خارجه تحكم آخر والكل بلا دليل (والحق) ماعرفت من الصحة في الجميع بعد القبض سواء كان في مجلس الهبة او في خارجه مع الاجتماع او بعد المفارقة وكل تلك التفاصيل استحسانات لا ترتكز على وجه مستحسن هذا كله في هبة الاعيان او المنافع لو قيل بصحة هبتها ، اما هبة الديون فلا اشكال في صحة هبة المجهول منها فلو كان له دين على انسان لا يعلم مقداره صحت هبته لانه بمنزلة الابراء بل لو وهبه لآخر صح بعد قبضه ان كان المديون يعرف قدره والا صالحه عليه وصار بمنزلة الحوالة .

وهذا كله سهل لاعقدة فيه انما الاشكال والعقدة عند الفقهاء من الفريقين (في هبة المشاع) فمنع بعضهم منه لعدم امكان القبض حتى مع اذن الواهب لمكان مزاحمة الشريك فلا يتمكن المتهب من الاستيلاء

التام عليه ولا قبض بدونه ، وتحرير المقام بحيث تتضح الاقسام ويتميز موضع الاشكال منها من غيره — ان الهبة فى المشاع اما ان تكون لحصة مشاعة او للحصة المشاعة — والاول اما ان تكون العين فى يد الموهوب له باجارة او عارية او نحوها اولا تكون فى يده وفى الاول لااشكال فى صحة هبته لتحقق القبض والاستيلاء حسب الفرض كما لا اشكال في الثاني اذا اقبض الواهب تمام العين للموهوب له ولو باعتبار جعله كوكيل او امين على الحصة الباقية . وأما الثاني وهو هبة الحصة المشاعة فان كانت العين فى يد الموهوب له ايضاً فلا اشكال وكذا لو كانت باجمعها فى يد الواهب فسلطه عليها ولو باذن الشريك ، اما لو كانت بيدهما معا كما هو الغالب فى المشاع ولعل هذا هو موضع الاشكال فى عدم امكان القبض والاستيلاء التام ولكنه لايخلو من حالين بعد اذن الواهب بالقبض بالنسبة الى حصته الموهوبة - اما ان يأذن الشريك ايضاً فيقوم المتهب مقام الواهب وتكون يده بموضع تلك اليد منضمة الى يد الشريك ولا يعتبر فى القبض اكثر من هذا فلا ينبغي الاشكال فى صحته - وإما أن لا يأذن ويمنع الموهوب له من الاستيلاء على حصة شريكه الواهب فالهبة هنا وان لم تتحقق لعدم تحقق القبض ولكن علاج هذا هو العلاج فيما لو امتنع الشريك من تمكين شريكه أليس هو الحاكم فيجبره اما على القسمة او البيع او غير ذلك مما هو محرر فى محله ومنع الموهوب له فى الحقيقة منع لسلطة الواهب عن التطرف فى ملكه والناس مسلطون على اموالهم - وهو كما لو باع ومنع المشتري فلا بد

لرفع هذا العدوان من الرجوع الى الحاكم وقوة السلطان والا بقيت الهبة معلقة حتى يحصل القبض ، نعم قد يقال ان الاشكال فى هبة المشاع ليس من هذه الناحية بل من جهة ان هبة المشاع بجميع اقسامه لا يحصل فيه القبض المعتبر فى الهبة وهو السلطنة المطلقة من غير مزاحم ولما كان المشاع ليس لاحد الشريكين فيه تلك السلطنة لمزاحمة كل منهما للآخر وتصرف كل منهما مقيد برضا الآخر فلا يصح هبته لعدم امكان ذلك القبض المعتبر - ولكن هذه الدعوى مدفوعة باطلاق ادلة القبض وان قبض كل شيء بحسبه ، وكونه بحيث لا يتصرف شريكه الا باذنه نحو من السلطنة ولا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاص بل الاطلاقات تدفعه ولم يذكروا ذلك فى شيء من المعاملات التي يعتبر فيها القبض كالوقف والسلم وغيره .

(والقصارى) ان عقدة هذه الاشكال تنحل بكلمة واحدة وهي ان هبة المشاع يعتبر فيها اذن الواهب واذن شريكه فان اذن والا اجبره الحاكم « وانتهى كل شيء » .

وكان على المانعين ان يقولوا ان هبة المشاع لا تصح الا باذن الشركاء جميعا بقبضه الا ان يمنعوا من صحته مطلقا .

ثم لا فرق فيما ذكرنا من صحة هبة المشاع بين ان يكون قابلا للقسمة ام لا منقولا ام لا يهبه لواحد اوا كثر من واحد لصغير او كبير رحم اولا والاشاعة بين اثنين او اكثر وقد اطال بعض الشراح واسهب فى هذه التقاسيم وصحح بعضا وكله تطويل بلا طائل وملاك المسألة ما ذكرنا

فتدبره واغتنمه فلعلك لا تجده في غير هذه المهارق والمنة لله وحده

مادة (٨٥٩) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغا بناء عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه اما الهبة لهؤلاء فصحيحة .

تقدم ذلك بل لاحاجة الى ذكره لانهما من الشرائط العامة المعتبرة في تمام العقود بل والايقاعات اما المجنون فلا قصد له غالباً واما الصغير فلا اثر لقصده الا اذا كان مميزاً فيصح باذن وليه ، ومن الغريب هنا ان بعض الشراح صرح هنا بكفاية عقل السكران الذي شرب الخمر فقال انه كاف لاهلية التصرف بالهبة وهو كما ترى وعدم تعرض المجلة للسكران وتخصيص عدم الصحة بالصغير والمجنون والمعتوه يشعر بذهابهم الى صحة هبة السكران ونحن نترك التعليق عليه للصحاة من ارباب العقول لا للسكارى والمجانين .

مادة (٨٦٠) يلزم في الهبة رضا الواهب فلا يصح بالجبر والاكراه .

هذا ايضا من الشرائط العامة التي كان الاولى ذكرها في محل واحد والاستغناء عن اعادتها في كل عقد ومعاملة نعم لو اجبره على الهبة ثم رضي بعد الاكراه امكن القول بالصحة على تأمل شعر به متن المجلة فليتأمل .

وقد اقتصرت على هذا المقدار من الشرائط واهملت كثيراً منها فتدبره

الباب الثالث

في بيان أحكام الهبة ، ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في

[بيان الرجوع عن الهبة]

يعني في جواز الهبة ولزومها ، ولعلك عرفت كما ان الأصل فى عقود المعاوضات المبنية على التغابن هو اللزوم الا ماخرج بالدليل - فكذلك الأصل فى عقود المجانيات هو الجواز الا ماخرج ، وكما ان اشهر عقود المعاوضات اللازمة واهمها هو البيع وكل فرد يشك فيه انه وقع جائزاً اولازماً يبنى على لزومه وكذا لوشك فى حكم نوع منه شرعا يعني ان الأصل هو اللزوم سواء كانت الشبهة مصداقية او حكمية فكذا اهم واشهر العقود المجانية هو الهبة وهي عكس البيع فكل نوع منها يشك ان حكمه اللزوم او الجواز وكل فرد يشك انه من الجائز او اللازم يبنى على جوازه للاصل فاصل الهبة بعد تحققها بالقبض هوجواز الرجوع الا ماخرج باليقين كما ان الأصل فى البيع بعد تحققه بمجرد العقد هو اللزوم الا ماعلم خروجه ، وهذا اهم مافى هذا الفصل وقد ذكر مادة (٨٦١) يملك الموهوب له الموهوب بالقبض .

توطئة لما بعده والافهذا الحكم قد تقدم فى مادة (٨٤١) وما بعدها ومن لوازم عدم الملكية الا بالقبض ان المنافع الحاصلة ما بين العقد والقبض هي للواهب وله المنع من القبض والعدول اذ الموهوب لا يزال فى ملكه لرحم كانت الهبة او لغيره ولو توفي احدهما قبل القبض بطل العقد وانتقل المال الى ورثة الواهب فلو وافقوا على الهبة فلا بد من عقد جديد ، وللواهب التصرف بالعين قبل القبض كيف شاء وكل هذا ونظائره متفرع على عدم تاثير العقد اي اثر سوى صلاحيته للحوق القبض فتحصل الملكية نقلا لا كشفا بخلاف اجازة الفضولي على المشهور عند المحققين ، ومما ذكرنا يتضح ان هذه المادة بمدلولها تغني عن مادة

﴿ ٨٦٢ ﴾ للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له .

بل في الحقيقة لم يحصل شيء ناجز حتى يحتاج الى الرجوع وانما هو أي العقد استعداد كما عرفت فرجوعه وعدمه سواء من حيث الاثر الفعلي وعدم القبض والاقباض يغني عن الرجوع فلا حاجة ايضا الى مادة (٨٦٣) نهي الواهب عن القبض بعد الايجاب رجوع فان الايجاب بل ومع القبول لم يؤثر شيئا حتى يكون النهي رجوعا وانما الحاصل هو الاستعداد وهو باق حتى مع النهي عن القبض فلو اذن له بالقبض بعد ذلك فقبض تمت الهبة ، نعم موضع الرجوع حقيقة بعد العقد والقبض في الهبة الجائزة كما فى مادة (٨٦٤) للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضاء الموهوب والقيد الأخير عندنا مستدرك بل

في غير مواضع اللزوم مطلقا رضي الموهوب له ام لا ولو كان منوطا برضاه لكانت من العقود اللازمة كالبيع وقد عرفت ان طبيعتها الجواز عكس البيع ويدل عليه الحديث المشهور [الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها] واخبارنا به مستفيضة ، والرجوع الى الحاكم كما في المجلة .

وان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية وان كان مانع فلا يفسخ - فضلة مستغنى عنه فان تشخيص كونها هبة لازمة او جائزة واضح لاحاجة فيه الى الرجوع الى الحاكم واسباب اللزوم محصورة معلومة كما سيأتي بيانها وقد تقدم بعضها ولا خصومة حتى تحتاج الى حكومة فالهبة ان كانت جائزة جاز الرجوع للواهب فيها رضي الموهوب له ام لا حكم الحاكم ام لم يحكم فانه حكم كلي الهي وليس من التطبيقات الشخصية التي تتوقف على حكم الحاكم ، وكأن ارباب المجلة لم يتميز عندهم مورد حكم الحاكم عن حكم الشارع فاشتبه عليهم الأمر او بالاحرى - لم يتضح لهم الفرق بين الفتوى والقضاء وان كانت لازمة اي واجدة لبعض اسباب اللزوم فلارجوع للواهب ولا حكم للحاكم .

أفليس من الغريب مع هذا قولهم في مادة (٨٦٥) لواسترد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه وبدون رضا الموهوب له يكون غاصباً وبهذه الصورة لو تلف او ضاع في يده يكون ضامناً .

وقد عرفت ان حكم الحاكم اجنبي في المقام ولا محل له اصلا وان المدار على نوع الهبة فان كانت جائزة له الرجوع ويأخذه قهراً من الموهوب له لان الملكية رجعت له ولا ضمان اصلا حكم الحاكم ام لا ، وان كانت لازمة لم يجز له الرجوع الا برضا الموهوب له فيكون من قبيل الاقالة ولو اخذه بدون رضاه كان غاصبا وضامنا لانه ملك للموهوب له حكم الحاكم ايضا ام لا - هذا هو العلم المشذب . وما ذكرته المجلة هنا وبعض شراحها محلول العرى مشبع بالوان الضعف والركاكة ،، ثم اذا رجع الواهب في موضع الجواز فهي ملكية جديدة لا فسخ للملكية السابقة ولذا يسترجع نفس العين دون منافعها فانها للموهوب له ، وسيأتي توضيح ذلك وقد شرعت (المجلة) في ذكر اسباب اللزوم وقد تقدم بعضها وهي امور (الاول) هبة ذي الرحم كما في مادة « ٨٦٦ » من وهب لاصوله وفروعه او لأخيه واخته اولاولادها او لعمه وعمته شيئاً فليس له الرجوع .

وهذه الضابطة مع طولها مختلة وكان الاصح جعل العنوان هبة ذي الرحم كما في الحديث المشهور « اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » فيشمل الخال والخالة واولادهم والجد والجدة واخوتهم وفي اخبار اهل البيت سلام الله عليهم (الهبة والنحلة يرجع فيها ان شاء الا لذي رحم) ولا يختص عندنا بالمحرم بل يعم كل ما يصدق عليه القرابة والرحم عرفا محرما او غير محرم لوجود لفظ القرابة في بعض الاخبار ولا فرق فيه بين الصغير والكبير بل والمسلم والكافر لاطلاق

الأدلة ، « الثاني » الزوجية كما في مادة (٨٦٧) لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع .

فعنوان الزوجة يستوجب لزوم الهبة وان لم يكن بينهما قرابة ففي اخبارهم سلام الله عليهم « لايرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها حيز اولم يحز أليس الله تعالى يقول ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، وقال تعالى فان طبن لكم عن شيء فكلوه هنيئاً مريئا » والمراد حازها الواهب فلو وهبها شيئا قبل ان يقبضه او قبضته هي باذنه لم يجز له الرجوع ولا فرق فيهما بين الكبير والصغير والعاقل وغيره والمسلم وغيره للاطلاق ايضا ولا يبعد لحوق المطلقة الرجعية بها دون البائنة ، « الثالث » التعويض وقد سبق مفصلا في مادة (٨٥٥) واعاده هنا مادة « ٨٦٨ » اذا اعطي للهبة عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع .

والمذكور سابقا شرطية العوض والملحوظ هنا الاعم اذ لا فرق في اللزوم بين ان يشترط العوض في الهبة الاولى او يكون ابتداء من الموهوب له من غير شرط عليه كما لا فرق بين وقوع الثانية بنحو الهبة او العطية او غيرها ولكن يلزم في الجميع قصد العوضية اي قصد ان دفع هذا المال او العمل عوض للواهب عن هبته فلو اعطاه لا بقصد العوضية لم تصر لازمة بل له الرجوع فيها ، ومع قصد التعويض والتقابض من الطرفين فقد لزمتا معا وليس لاحدها

الرجوع فيما اعطى بدون رضا نعم لو رضيا صح وكان نظير الاقالة في البيع ، ولا مانع ان يشترط الواهب ان يعوضه الموهوب ولو ببعض هبته فضلا عما لو عوضه بشيء منها بدون الشرط ويجري عليها بعد التقابض حكم الهبة المعوضة ، نعم لامحل ولا معنى للزوم فيما لو اشترط عليه ان يعوضه بها اجمع لانه راجع الى الجواز او الفسخ ، ثم لافرق في العوض بين ان يكون من مال الموهوب له او من غيره كما نصت عليه « المجلة » بقولها : فلو اعطى للواهب شيئا على ان يكون عوضا لهبته فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له او الغير .

اما عدم رجوع الواهب والموهوب بعد التقابض فواضح ، انما الكلام في الغير لودفع العوض فهل له الرجوع على الموهوب له بعوض ما دفع ؟ والتحقيق ان دفعه ان كان بغير طلب المتهب ولا باذنه فلا اشكال في عدم استحقاق الرجوع عليه بالبدل لانه متبرع واما لو كان بطلبه او باذنه فان طلب منه التبرع صراحة فلا رجوع ايضا والا فله حق الرجوع وهذا الحكم مطرد في كل من دفع مالاً عن غيره سواء كان مما يطلب بالحبس والملازمة كالديون ونفقة الزوجة او كان مما لا يطلب بذلك كالزكوات والكفارات والنذور ونحوها .

وسواء كان مما جرت العادة برجوعه ام لا فان الاصل في دفع المال عن شخص بطلبه ضمانه لاصالة احترام مال المسلم الا ان يتبرع به صريحا فيسقط حرمته ، والتفاصيل المذكورة هنا في كتب القوم لا تعتمد على دليل .

مادة ﴿ ٨٦٩ ﴾ اذا كان الموهوب ارضا واحدث الموهوب له فيه بناءً او غرس شجراً او حصل للموهوب زيادة متصلة مثل كونه حيوانا ضعيفا وسمن بتربية الموهوب له او تبدل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطة وجعله دقيقا فليس للواهب الرجوع واما الزيادة المنفصلة فلا تمنع من الرجوع .

(هذا هو السبب الرابع) من اسباب اللزوم وعدم الرجوع وحقه ان يعنون بعنوان التصرف والتغيير ، وهي من المسائل الخلافية عند فقهائنا بل وعند غيرهم في الجملة ، وتحرير البحث فيها ان العين الموهوبة اما ان تتغير عند الموهوب له عما كانت عليه عند الواهب اولا والتغيير اما ان يكون زيادة او نقيصة وكل منهما اما ان يكون زيادة او نقيصة متصلة او منفصلة والمتصلة سوقية او عينية والعينية اما ان تكون بفعل الواهب او الموهوب له او اجنبي او سماوي فالزيادة السوقية او النقيصة وان حصلت في ملك الموهوب له ولكن لا ينبغي الاشكال في انها غير مانعة من الرجوع اصلا – لان معيار صحة الرجوع عندنا هو معيار الرجوع في باب خيار العيب وهو كما في الاخبار هنا وهناك كون المال الموهوب او المبيع قائما بعينه ولا اشكال ان ارتفاع القيمة وهبوطها لا يمنع صدق كونها قائمة بعينها كما لا اشكال في ان الزيادة والنقيصة العينية تمنع من ذلك سواء كانت بفعل انسان مطلقا او بسبب سماوي ، واما اذا لم تتغير فاما ان يكون قد تصرف بها بما لا يوجب التغيير كركوب الدابة ولبس الثوب ومطالعة الكتاب اولا والثاني هو القدر

المتيقن لجواز الرجوع كما لا ينبغي الاشكال في صحة الرجوع في الاول ايضا لصدق كونها قائمة بعينها واما المنفصلة فان اوجبت تغيير العين كالو هزلت الدابة بالولادة فلا رجوع وان لم توجب التغيير صح الرجوع لانها قائمة بعينها كما في (المجلة) فلو حملت الفرس التي وهبها احد لغيره فليس له الرجوع من الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له .

اما الاقوال في اصل مسألة التصرف فهي عندنا ثلاثة (١) مطلق التصرف مانع من الرجوع حتى مثل لبس الثوب وركوب الدابة ولعل مدركهم ظواهر الاخبار المانعة من الرجوع بالهبة مثل (الراجع في هبته كالراجع في قيئه) التي لامحيص من حملها على الكراهة ، الا لزم كون الهبة مطلقا لازمة حتى مع عدم التصرف فالدليل اعم من المدعى مضافا الى كونه مصادما للضرورة في ان الاصل في الهبة الجواز (٢) بعكسه وهو ان مطلق التصرف لايمنع الرجوع ولعل مدركهم استصحاب الجواز وهو منقطع بالدليل وكلاهما افراط وتفريط (٣) الوسط وهو خيرها التفصيل بين الناقل كالبيع والصلح ونحوها او المغير كطحن الحنطة وخياطة الثوب وغرس الارض او بنائها داراً وبين ماليس بناقل ولا مغير كلبس الثوب ونحوه وهذا هو الذي يساعد عليه الدليل والمعيار المذكور في الاخبار ، ففي صحيحة الحلبي اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والا فليس .

بقي في المقام امور مهمة يلزم التنبيه عليها (١) قد عرفت ان

انتقال العين من ملك الموهوب له الى آخر يمنع من الرجوع كما في مادة « ٨٧٠ » اذا باع الموهوب له الموهوب او اخرجه عن ملكه بالهبة والتسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع . وهذا مما لا اشكال فيه انما الاشكال لو عادت الى ملكه ثانيا بشراء او إقالة او ارث او غير ذلك فهل يعود جواز الرجوع ام لا - وجهان - من ان المانع اذا زال يعود الممنوع ومن ان مناط جواز الرجوع بقاء العين في يد الموهوب له على ما كانت والفرض هنا انها قد تغيرت صفة ملكيتها « وبعبارة اجلى » ان حق الرجوع كان في تلك الملكية الحاصلة بالهبة وقد زالت وهذه ملكية جديدة لم يتحقق فيها حق الرجوع لاحد ، وبعبارة ثالثة او وجه آخر ان الواهب له حق الرجوع في الملكية التي نشأت منه وهذه ملكية اخرى لا سلطة له عليها ، ومن هنا ذهب السيد الاستاذ قدس سره الى المنع من الرجوع ولكن اللازم بين ما اذا كانت الملكية العائدة هي الاولى كما في الاقالة والفسخ فله الرجوع ؛ وبين ما لو كانت غيرها كشراء ونحوه فلا رجوع ، ومع ذلك فالمسألة من اصلها لا تخلو من نظر لان رجوع الموهوب الى الموهوب له على حاله يحقق صدق قيام الهبة بعينها المحقق لموضوع الرجوع شرعا والمدار فيه على صدق القيام والعرف ينظر الى تغير العين وعدم تغيرها لا الى الملكية وتبدلها وعدم تبدلها اما قضية ان الملكية العائدة هي الزائلة ام غيرها فلا اثر له في المقام اصلا بل المدار على صدق القيام وعدمه .

« ٢ » لو شك ان العين هل تغيرت أم هي قائمة بحالها اما للشك

في ان تبدلها من تلك الحال الى الحال التي هي فيه فعلا يوجب صدق عدم القيام او من جهة الشك في اصل التبدل فالظاهر انه لا رجوع لعدم احراز تحقق الموضوع ومع الشك في تحقق الموضوع لا مجرى للاستصحاب نعم يمكن ان يقال ان هذه العين كان يجوز للواهب الرجوع فيها والآن كما كان وملاك الصفة الزائلة ماكانت قيدا فى الموضوع بل هي بسبب الشك كالتغير فى الماء النجس فان زوال التغير لايمنع من استصحاب نجاسته (٣) قد يقال ان وطئ الجارية وان لم يحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع بدعوى انه تغيير في الصفات النفسانية وهو كما ترى ممنوع صغرى وكبرى نعم لوحملت وكانت بكرا فافتضها او تكرر منه الوطئ كان من التصرفات المسقطة للرجوع لعدم قيامها بعينها ، ومن هنا يظهر الكلام فى الاجارة فانها لاتمنع الرجوع لان العين قائمة على حالها والاجارة لا تغير من العين المستأجرة شيئا حسيا فضلا عن مثل العارية والوديعة ، ولوآجر الموهوب له العين الموهوبة ثم رجع الواهب فى الاثناء فهل تبقى الاجارة بحالها ويسترجعها الواهب بعد انقضاء المدة او تنفسخ الاجارة ويسترجعها حالا او لايصح الرجوع اصلا ، وجوه اوجهها الاول لانه عقد صحيح صدر من اهله فى محله فلاوجه لبطلانه غايته ان الواهب له حق الاسترجاع ومقتضى الجمع بين الحقين ان يسترجعها مسلوبة المنفعة ، اما مثل التدبير والمكاتبة فضلا عن مثل العتق والرهن او غرس الاشجار او بناء الأرض داراً او مزج العين بمثلها بحيث لا تتميز فلااشكال فى عدم الرجوع فى الجميع .

« ٤ » لو باع الواهب بعد الهبة والقبض العين الموهوبة فان كانت الهبة لازمة فلا اشكال فى انه فضولي موقوف على اجازة المتهب وان كانت جائزة، فقيل يقع باطلا ان قصد به الرجوع عن الهبة والتمليك لانه لا بيع الا فى ملك فلو توقف الملك على البيع - دار - وان شئت قلت ان السبب الواحد لا يعقل ان يكون مملكا للواهب وناقلا هذه الملكية الى المشتري فيكون عقدا وفسخا ، ولكن تصحيحه ودفع هذين المحذورين بان توقف ملكيته على البيع المحقق للرجوع مما لا اشكال فيها فلا يملك الا بالبيع ولكن يكفي في الملكية المصححة للبيع اقترانها بالبيع لا تقدمها وسبقها ، وقاعدة لا بيع الا في ملك ، لا تقتضي اكثر من لزوم كون البيع مع الملك اعم من كونه سابقا او مقارنا ، توضيح ذلك ان الرجوع في الهبة كالرجوع في الطلاق لا يحتاج الى عقد ولا ايقاع بل يكفي فيه القول الدال عليه كما يكفي اي فعل من الأفعال الظاهرة في قصد الرجوع فالبيع الصادر من الواهب بما هو فعل قصد به الرجوع يكون فسخا ومملكا له وبما هو عقد بلحوق القبول يكون ناقلا ومملكا للمشتري فعند شروعه بالايجاب انفسخت الهبة ورجع ملكا للواهب وعند تامية العقد ايجابا وقبولا يعود ملكا للمشتري وينتقل اليه من الواهب فاندفع المحذوران مع المحافظة على القواعد واتجه القول بالصحة وله نظائر منها بيع ذي الخيار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ ، ومنها عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع في الهبة فتدبره واغتنمه فانه من نفايس العلم (السبب الخامس) من اسباب لزوم الهبة - تلف العين الموهوبة كما

نصت عليه مادة [٨٧١] اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محل يعني ان حق الرجوع قائم بشخص العين فيذهب بذهابها لا بماليتها حتى ينتقل الى المثل او القيمة كما في الفسخ بالخيار بعد تلف العين ولا فرق في التلف المسقط للرجوع بين كونه سماويا او بشريا من الواهب او المتهب او اجنبي كل ذلك لما تكرر من ان المعيار كون الهبة قائمة بعينها نعم يمكن القول بان تلف البعض لا يمنع حق الرجوع في الباقي لانه قائم بعينه ولا يخلو من نظر والحق هو التفصيل بين ما اذا كان الموهوب متعدداً حقيقة كثوب وكتاب فتلف احدهما لا يسقط حق الرجوع فى الآخر لانه قائم بعينه ويرجع فى الحقيقة الى هبتين وبين مايكون واحدا بحسب الصدق العرفي وان كان مركبا ذا اجزاء فى الحقيقة كالثوب الواحد المؤلف من قطعات مختلفة او متفقة فلو تلف بعض اجزائه سقط حق الرجوع فى الباقي لعدم قيام الهبة بعينها وهي هبة واحدة ومنه يتضح لك حال نقص العين مطلقا فان المعيار فيه صدق القيام فان انتفى فلا رجوع والا فحق الرجوع باق والحكم الكلي واضح وانما الاشكال فى التطبيق ومعرفة حال المصاديق وهي التي يقع الشك والاشتباه فيها غالبا فمثل نسيان الكتابة وامثالها من الصفات النفسانية يقع الشك انها مغيرة للعين اولا بل هي قائمة بعينها ومنشأ ذلك ان المدار على التغيير الحسي فقط او الاعم منه ومن النفسي والموارد تختلف والمدار على العرف او نظر الحاكم ان كان منهم .

ويلحق بالتلف الحقيقي وهو هلاك العين التلف الحكمي وهو انتقالها

بيع او صلح فضلا عن مثل العتق والانعتاق بالتنكيل والاسباب الخاصة المعروفة ، نعم يشكل في مثل التدبير والكتابة والاقرب فيها بقاء حق الرجوع فليتدبر ، هذا كله في الهبة الجائزة المجردة عن الشرط اما الهبة اللازمة التي اشترط الواهب فيها خيار الفسخ كما لو وهب قرابته واشترط ان له الرجوع متى شاء فان له الفسخ حتى بعد التلف ويسترد المثل او القيمة .

والفرق بين حق الرجوع المجعول باصل الشرع فى العين – وبين الفسخ المجعول بشرط الواهب في العقد ظاهر بعد قليل من التأمل .

« السادس » من اسباب اللزوم موت الواهب او المتهب بعد القبض ولو لاجنبي فتلزم الهبة ولا رجوع لورثة الواهب ولا له على ورثة المتهب لان الرجوع حكم شرعي لاحق مالي حتى ينتقل كالخيار ونحوه الى الورثة او عليهم ولو سلم كونه حقا فهو قاصر على ذات الواهب ولا اقل من ان الأصل عدم الانتقال والعين بموت الموهوب له قد انتقلت الى ورثته وقد عرفت ان الانتقال احد اسباب اللزوم فلا رجوع للواهب ولا سيما والورثة ملكوه بالارث لا بالهبة ، وبهذا يستبين ما في مادة « ٨٧٢ » وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب له كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب اذا توفي الواهب .

« السابع » كون الموهوب دينا على الموهوب له كما فى مادة (٨٧٣) اذا وهب الدائن المديون منجزا فليس له الرجوع .

فانها فى الحقيقة اسقاط وابراء ويقولون : ان الساقط لا يعود — يعني الا بسبب جديد وهذا يطرد فى كل كلي فى الذمة وان لم يكن قرضا كثمن مبيع اووجه اجارة او نحو ذلك اما لو وهبه لغير المديون ولم يكن رحما ولا زوجية فله الرجوع حتى بعد القبض وتخيل انه قد وهبه الكلي والمقبوض المصداق وهو شيء آخر واضح الضعف .

« الثامن » مادة (٨٧٤) لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه .

وكان الاولى ان يدخل هذا فى الهبة المعوضة فان الثواب هو العوض وقد استحقه وكتب له فصار بحكم المقبوض وبحكم المعوضة ، ولا فرق بين ان يجعلها بلفظ الصدقة ومشتقاتها او بلفظ الهبة ومتفرعاتها كما لافرق بين كونها على الفقير او الغني او المجهول وعلى مسلم او كافر ان تحققت القربة ببعض الجهات .

مادة ﴿ ٨٧٥ ﴾ اذا اباح الرجل لآخر شيئاً من مطعوماته فليس له التصرف فيه بوجه مما يتوقف على الملك كبيع وهبة وصلح ولكن له الاكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته مثلا اذا اكل احد من بستان آخر باباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة قيمة ذلك ،،، من المعلوم ان الاباحة ليست تمليكا بل هو تسليط على التصرف فيقتصر على مقدار الاذن والرخصة فلو اذن له بجميع التصرفات حتى الناقلة كان من قبيل المعاطاة عند القائلين بالاباحة والاشكال هناك يأتي هنا بالأولى : ولو رخصه على

نحو مخصوص وتصرف معين تعين وليس له التجاوز فلو تجاوز كان باطلا ولما كانت قرينة الحال فى اباحة المطعومات ظاهرة فى ارادة اباحة الأكل خاصة تعينت كالمدعويين فى الولائم ونحوها ولا يجوز غير الأكل من التصرفات وله نظائر قد تقدم بعضها فليراجع ومنها ماقى مادة ﴿ ٨٧٦ ﴾ الهدايا التي ترد فى الختان والعرس تكون لمن ترد باسمه من المختون والعروس والولد والوالدة وان لم يذكرانها وردت لمن ولم يمكن السؤال عنها والتحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلد وعادتها

يعني اذا خصها المالك اختصت والا فالمتبع هو العرف الخاص وعلى كلا التقديرين فهي من مصاديق التمليك المجاني ولا اشكال في هذا انما الاشكال انها هل هي من الهبة الجائزة التي يجوز الرجوع فيها والحكم بذلك ولا سيما مع تباني العرف على عدم الرجوع فيها مشكل والحكم بلزومها مع عدم وجود احد الاسباب الملزمة اشكل فالمسألة تحتاج الى مزيد دقة وتأمل .

ونظير هذا الهدايا المرسلة الى المسافرين عند قدومهم او منهم الى اصدقائهم واقربائهم وامثال ذلك وهو كثير ومنه مايعطى بعنوان الاعانات والمساعدات فان الجميع تمليكات مجانية وحالها من حيث جواز الرجوع وعدمه ماعرفت .



الفصل الثاني

في

هبة المريض

يعني مرض الموت التي تتوقف فيه تصرفات المريض المجانية الزائدة على الثلث على اجازة الورثة عند كثير من الفقهاء وعند آخرين تنفذ من حينها ولا تتوقف والمسألة مشهورة ومحررة في محالها من كتب الفقه ككتاب الحجر والوصية والغرض هنا ذكر مايتعلق بالهبة لانها من اشهر التصرفات المجانية واكثرها وقوعا .

مادة ﴿ ٨٧٨ ﴾ اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لأحد في مرض موته وسلمها فيصح بعد وفاته وليس لامين بيت المال المداخلة في تركته .

الهبة في مرض الموت كالهبة في غيره لا تخرج عن حقيقة الهبة ولا ترجع الى الوصية كما توهمه بعض الشراح فان الهبة تمليك منجز والوصية تمليك معلق على الموت فاين هذا من ذاك ؛ نعم الفرق بين الهبتين ان التي تقع في حال الصحة تصح بعد القبض ولا سلطة الا للواهب على حلها ان كانت جائزة والتي تقع في مرض الموت يراعى فيها

قضية الثلث عند ارباب هذا القول فان ساوت او قصرت نفذت من حينها وان زادت فان كان هناك وارث غير الامام فاجاز جازت والا بطلت فى الزائد وان لم يكن سوى الامام فالامر اليه ان شاء انفذها فى الجميع وان شاء ابطلها فى الزائد وكذا الكلام فى نائبه العام والخاص ، وكذلك هبة كل من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الامام فان المال كله للآخر منهما على كل حال اما هبة او ميراثا فرضا او ردا على القول بان الزوجة يرد عليها ، اما لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار فى الزائد على اجازته كما عرفت وعليه مادة (٨٧٩) اذا وهب احد فى مرض موته شيئا لاحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقون فلا تصح تلك الهبة .

وهذا صحيح ولكن لا وجه لتخصيص الموهوب له باحد الورثة بل ولو لاجنبي وتنفذ باجازة الورثة سواء كانت قبل موته او بعده وتوهم عدم صحتها قبل موته لانها اسقاط مالم يتحقق مدفوع بان مرض الموت موجب لتعلق حق للورثة بتركة مورثهم فى الزائد على الثلث عند ارباب هذا القول كتعلق حق الغرماء ولذا يكون محجورا عليه فى الزائد وباعتبار ذلك الحق تصح اجازتهم

ويعتبر ان يكون المجيز عاقلا بالغا غير مريض مرض الموت وللولي او الوصي الاجازة مع المصلحة لا مطلقا نعم المعتبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبة فلو اجاز الوارث عند الهبة ثم مات قبل الواهب لغت اجازته طبعا .

وتصح الهبة للوارث ولغيره كما تصح الوصية كذلك من صحيح

ومريض ، وما يرويه الجمهور من حديث (ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) غير معمول به عندنا ومحمول على عدم وجوب الوصية للوارث لان ارثه الذي فرضه الله يدفع وجوب الوصية وفي بعض الروايات مايشير الى ذلك ، نعم لاريب ان ترجيح الورثة على بعض في الهبات والتمليكات الصلحية او البيوع المحاباتية - جور واجحاف على باقي الورثة كما في كثير من الاخبار وهو مكروه كراهة شديدة تكاد تلحقه بالحرام نعم وقد يبلغ الحرمة اذا استلزم حصول الشحناء والبغضاء بين الاخوة والاولاد ، وفي بعض الاخبار ان احد الصحابة اشهد النبي « ص » على تمليك عقار لبعض ولده فقال له النبي صلى الله عليه وآله هل اعطيت بقية ولدك مثل مااعطيته فقال لا فقال (ص) هذا جور وانا لاَ اشهد على جور - هذا كله مع تساوي الاولاد من سائر الجهات اما لو تميز احدهم ببعض المرجحات فقد يستحب الترجيح بل قد يجب مع الامن من المفسدة كما لو كان احدهم فقيراً او مريضا او عاجزاً عن الكسب او مشغولاً بطلب العلم او نحو ذلك من المميزات وهذا باب واسع وله اغلاق واقفال كثيرة مفاتيحها العقل والعدل والوجدان هذا كله في الهبة للوارث (اما لو وهب وسلم لغير الورثة فان كان ثلث ماله مساعدا وافيا بتمام الموهوب تصح وان لم يكن وافيا ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار الوافي ويكون الموهوب له مجبوراً على رد الباقي) .

وقد عرفت انه لافرق في ذلك بين الهبة للوارث وغيره و يلحق

بالهبة جميع معاملاته المحاباتية كما لو باع او آجر او صالح باقل من ثمن المثل فانها جميعا تتوقف على اجازة الورثة لانها تزاحم حقوقهم في الثلثين اما ماكان بثمن المثل اوازيد فينفذ من حينه بلا توقف وكذا الكلام في حق الغرماء فيما لو كانت الديون تستغرق التركة فان تصرفات مرض الموت المحاباتية لاتنفذ الا باجازة الغرماء فلو وهب بغير عوض مساوي كان لهم رد الهبة واسترداد الموهوب ولو كانت الديون تقابل نصف امواله او ثلثيها لوحظت النسبة فان كانت الهبة اقل من النصف توقفت على اجازة الورثة فقط وان كانت ازيد توقفت على اجازتهم واجازة الغرماء والى بعض هذا اشارت مادة (٨٨٠) اذا وهب المستغرق تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فللغرماء ان يدخلوا امواله في قسمتهم ان لم يمضوا الهبة ،،، وهي مجملة والتحقيق الوافي ما ذكرناه .

﴿ والى هنا تم كتاب الهبة ويليه كتاب الغصب والاتلاف ﴾





وله الحمد

الكتاب الثامن

﴿ في الغصب والاتلاف ويشتمل على مقدمة وبابين ﴾

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والاتلاف

مادة (٨٨١) الغصب هو اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه ويقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط ماخوذ ولصاحبه ماخوذ منه ، جرت طريقة الفقهاء من العامة والخاصة ان يفردوا في كتبهم الفقهية كتابا خاصا للغصب مع ان المباحث التي يذكرونها في هذا الكتاب ليست من آثار الغصب اصلا وانما هي من آثار اليد - والغصب فرع من فروعها وهي الاصل وسيأتي ان الغصب انما يمتاز عن سائر موارد اليد في الحرمة التكليفية فقط وكان الاصح ان يجعل عنوان هذه المباحث (كتاب اسباب الضمان) واولها اليد ولعله من تسامح الاولين واقتفى اثرهم جل الآخرين .

وتحرير البحث كما هو حقه - ان اسباب الضمان ونعني به صيرورة مال شخص في عهدة آخر بان يؤديه اليه عينا او بدلا مثلا او قيمة واسباب

هذا وان كانت كثيرة ولكن اشهر اصول الضمانات واكثرها وقوعا واوسعها فروعا - اربعة « ١ » اليد « ٢ » الاتلاف « ٣ » الالتزام « ٤ » الغرور . والمراد باليد الاستيلاء على مال الغير بغير حق يعني بغير اذن من المالك ولا الشارع فان كان عالما عامدا مختارا فهو عدوان محرم مضاف الى اثره الوضعي من لزوم دفع غرامته لو تلف وهو الغصب المعروف وان لم يكن كذلك فلا حرمة بل عليه الضمان فقط اي وجوب رد العين موجودة ورد بدلها مفقودة ،،، وقداختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الغصب ففي المجلة هو الاخذ . وفى جملة من متون فقهائنا هو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا وهذا التعبير اقربها الى الحقيقة وان كان لايخلو من خدشه وهناك تعبيرات اخرى كلها قاصرة وتعريف المجلة اشدها قصورا اذ لا يعتبر فى الغصب الاخذ بل لو استولى على المال وهو فى يد صاحبه كان غصبا كما لو سكن الدار معه وصيره مأمورا بامره ، وكذا التعبير بالاستقلال فان وضع اليد على الشيء مع يد المالك كما لو ركب الدابة معه غصب وان لم يكن هناك استقلال ، ومثله التعبير عنه بازالة اليد المحقة ووضع اليد المبطلة وكيف كان فقد ظهر لك ان احسن مايمكن التعبير عنه بالمعنى العام انه اي الغصب الاستيلاء على مال الغير بغير حق وبالمعنى الخاص وهو المحرم عقلا وشرعا الاستيلاء على مال الغير عدوانا ، والفرق بينهما واضح ومن الغريب ان المجلة جعلت الآخذ هو الغاصب ثم غفلت عن جعل المأخوذ مغصوبا والمأخوذ منه مغصوبا منه ، ويشبه ان يكون هذا من

قبيل ما يسمونه في البديع « بالاطاعة والعصيان » .

مادة ﴿ ٨٨٢ ﴾ قيمة الشيء قائما هي قيمة الابنية او الاشجار حال كونها قائمة في محلها وهو ان تقوم الارض مع الابنية والاشجار وتارة تقوم على ان تكون خالية عنهما فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الابنية والاشجار قائمة .

واسهل من ذلك ان تقوم نفس الابنية من حيث هي متراصة ومجتمعة والاشجار من حيث كونها نابتة نامية وهذا شيء قد يعرفه اهل الخبرة بسهولة . ومن هـذا القبيل تقويم ثمن الزوجة من الابنيـة والاشجار على المشهور عندنا من انها لاترث من اعيانها بل من القيمة .

مادة ﴿ ٨٨٣ ﴾ قيمة الشيء مبنيا هي قيمة البناء قائما .

مادة ﴿ ٨٨٤ ﴾ قيمة الشيء مقلوعا هي قيمة انقاض الابنية والاشجار بعد القلع .

مادة ﴿ ٨٨٥ ﴾ قيمة الشيء حال كونه مستحقا للقلع هي للقيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع .

هذه المواد مع انها من الواضحات قليلة الجدوى ضئيلة الفائدة .

مادة ﴿ ٨٨٦ ﴾ نقصان الارض هو الفرق والتفاوت الذي يحصل بين اجرة الارض قبل الزراعة وبعدها .

يعني اذا زرع الغاصب او غيره ونقصت الارض بذلك التصرف واريد معرفة قدر النقيصة بنظر التفاوت بين اجرتها قبل الزراعة وبعدها ولو جعلوا المعيار التفاوت بين قيمتها قبل ان تزرع وبعدها لكان اهون

واتقن .

(٨٨٨) الاتلاف تسبيا هو التسبب لتلف شي يعني احداث امر في شي يفضى الى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب كما ان قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الارض وانكساره ويكون قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا وكذلك اذا شق احد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسببيا ،،، تشير المجلة بهذا الى ان الاتلاف الذي هو احد اسباب الضمان نوعان لان المتلف اما ان يتلفه مباشرة اوتسبيبا وقد اشارت الى تعريف التسبيب وهو احداث امر في شي يفضي الى تلف شيء آخر وساق له تلك الامثلة التي هي مثال للتسبيب كما هي مثال للمباشرة التي لم يذكر تعريفها وضابطتها وقد تكثرت العبارات في اعطاء الضابطة الفارقة بين المباشرة والتسبيب فان الحكم وهو الضمان حيث يجتمع المباشر والسبب يختلف فتارة يكون على المباشر واخرى على السبب فلا بد من ضابطة يمتاز بها احدهما عن الآخر ، والضابطة المذكورة في المجلة مختلة وتوضيح ذلك يستدعي تمهيد (مقدمة) وهي ان الافعال التي تسند الى الانسان نوعان (قيامية) وهي التي تقوم بالفاعل قيام حلول مثل النوم والموت والحياة الى كثير من نظايرها فان نسبة الموت الى زيد في قولك مات زيد ليس لان الموت صدر منه بل لانه حل به وقام فيه وهكذا القول في امثاله ونسبة هذه الاحداث الى الموضوعات القائمة بها انما بضرب من التوسع والا فحقيقة النسبة تقتضي صدور الفعل

من الفاعل لا حلوله فيه وليست تلك الاحداث الفاعليـة من افعالنا بل لها اسباب وعلل خاصة توجد بوجودها انما افعالنا حقيقـة هي القسم الثاني وهي « الصدورية » اي التي تصدر من الشخص حقيقـة وتسند اليـه بلا عناية مثل القتل والاكل والشرب واضرابها وهي ايضا نوعان « توليدية » وهي التي يوجد الفاعل اسبابها فيسند اليـه مسبباتها مثل الاحراق حيث يقال فلان احرق البيت يعني انه القى النار عليه اوالقاه فيها فاحترق واكثر افعال البشر من هذا القبيل « وغير توليدية » وهي التي يوجد الفاعل المسبب بلا واسطـة بل يكون السبب صرف ارادته وهو قليل مثل الكلام والقيام واضرابها وكلا النوعين هي من افعالنا مباشرة فالفاعل المباشر هو موجد الشيء رأسا بارادته اوموجد سببه.

وحيث ان تاثير الاسباب في الغالب لا يكون الا بانضمام الشروط وسبق المعدات فربما يوجد السبب بفعل شخص ويوجد غيره الشرط او المعد فموجد السبب هو المباشر وموجد الشرط او المعد اصطلحوا عليـه اصطلاحا خاصا في هذا الباب انه المسبب مع ان فاعل السبب غيره مثلا من حفر بئرا في الطريق لغرض له فالقى فيها شخص رجلا آخر اودابة فالمباشر هو الملقي وحافر البئر هو فاعل الشرط او المعد فاذا تغاير المباشر وفاعل الشرط او المعد فالضمان على المباشر الا في موردين كماسيأتي اما اذا اتحد بان كان المباشر هو فاعل الشرط او المعد كما لو كان الملقي هو الحافر فالضمان عليه على كل حال، ومما ذكرنا يظهر لك الخلل فيما ذكرته المجلة وذلك من وجهين (الاول) ان قاطع الحبل المعلق به القنديل

اذا وقع وانكسر هو كاسر القنديل مباشرة غايته انه فعل احدهما بارادته والآخر بايجاد سببه وكلا الفعلين كما عرفت هما من افعال المباشرة لغة وعرفا بل وعقلا .

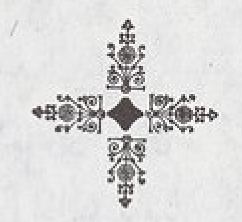
(الثاني) حيث ان الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشرة او تسبيبا . وانما موردها حيث يتعدد الفاعل فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط او المعد، فتدبر هذا واغتنمه فقد اشتبه على كثير من الفريقين .

مادة ﴿ ٨٨٩ ﴾ التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وازالته قبل وقوعه .

هذه المادة غير واضحة المراد ، ولا معلومة المفاد . وفسرها البعض بما حاصله ان جدار الجار اذا مال الى الانهدام فللشخص ان يقول لجاره ان جدارك متصدع فاهدمه فان لم يفعل فسقط واتلف شيئاً ضمن انتهى .

« اقول » وهذا مما لاجدوى فيه فان صاحب الجدار المنهدم اذا اتلف على جاره شيئاً كان ضامناً اذا عد مقصرا كما هو الغالب سواء انذره جاره ام لا ، والذي ينبغي التنبيه عليه في هذه القضية اعني قضية الانذار هو ان المتلف اذا نبه صاحب المال وانذره بالتحفظ فلم يتحفظ فلا ضمان على المتلف مثلا لو وجد راكب الدابة امامه في الطريق متاعا لشخص فانذره وقال له قبل ان يصل اليه ارفع متاعك من الطريق فلم يرفعه وسحقته الدابة واتلفته فلا ضمان على الراكب لان صاحب المتاع هو الذي فرط في حفظ متاعه نعم لو لم ينذره

واتلفه كان ضامنا . وهذا كله يرجع الى قضية التسبيب ففي الصورة الاولى المتلف صاحب المتاع وفي الثانية راكب الدابة فتدبره .



الباب الاول

◆◆◆

في

◄ الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول ►

الفصل الاول

« (في بيان احكام الغصب) »

قد عرفت ان الاستيلاء على مال الغير بغير اذنه او اذن الشارع يترتب عليه احكام فان كان عالما والعالم عامد كان غصباً وعدواناً وترتب عليه حكمان (احدهما) تكليفي وهو الحرمة واستحقاق العقوبة (وثانيهما) وضعي وهو كون المال في عهدة واضع اليد ومعنى كونه في العهدة وجوب رده ان كان موجودا ودفع غرامته مثلاً او قيمة ان كان تالفاً وان كان جاهلاً بانه مال الغير ووضع يده عليه ترتب الاثر الثاني فقط ولم يكن حرمة ولا عقوبة والغصب هو الاول لا الثاني ولذا ذكرنا ان عنوان الكتاب بالغصب ليس في محله فان الاحكام التي تذكر في هذا الكتاب لاشيء منها يتعلق بالغصب بعنوانه الخاص وانما هي للعنوان

العام سواء كان غصباً ام لا وأول تلك الاحكام التي هي للعنوان الجامع وهو الاستيلاء على مال الغير ماذكروا ، في مادة « ٨٩٠ » يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً وان صادف الغاصب صاحب المال في بلدة اخرى وكان المغصوب فيها فان شاء صاحبه استرده هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب ،، ، اعلم ان للمال الذي صار في يد الغير بغير وجه شرعي ثلاث حالات (الاولى) ان يكون باقياً على حاله لم يتلف ولم يتغير ثم لايخلو ، اما ان يكون باقياً في بلد الغصب او نقل الى اخرى وعلى كلا التقديرين اما ان يحتاج نقله الى المحل الذي غصب فيه الى مؤنة اولا يحتاج وعلى تقدير انتقاله الى بلد اخرى فاما ان يطالبه صاحبه في تلك البلد اولا اما مع طلب المالك فلا اشكال فى وجوب رده له مطلقاً ولا يجوز الامتناع من تسليمه له اينما كان نعم لو غصبه من بلد ونقله الى غيرها وطلبه المالك فى بلد ثالثة لايبعد عدم وجوب نقله الى بلد الغصب او تسليمه فى البلد الذي هو فيه وهو واضح ، واما مع عدم الطلب فالواجب رده الى المحل الذي اخذ منه ولا حق له فى جبر المالك على تسلمه فى بلد آخر نعم لو كان نقله الى بلده التي غصب فيها لايحتاج الى مؤنة كالدراهم والخاتم واشباه ذلك لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب فى بلد اخرى ولا يجوز له الامتناع اما المحتاج الى مؤنة فهي على الغاصب بلا اشكال، هذا كله فى الاحوال الاعتيادية اما لو طلبه والطريق خطر او فيه على الغاصب او غيره ضرر كان له الامتناع الا بتحمل المالك

التدارك او يلقي عنه تبعة الضمان كان المالك الامتناع من تسلمه مع شيء من تلك الاحوال « الحالة الثانية » ان يكون قد تلف وهلكت عينه والمتلف اما ان يكون المالك اوالغاصب اواجنبي اوامر سماوي والحكم فى جميع هذه التقادير واحد وهو الضمان بدفع المثل او القيمة الا اذا كان المتلف هو المالك فانه لاضمان على الغاصب طبعا لانه بمنزلة الاستيفاء سواء كان المالك عالما حين التلف انه ماله ام لا ، اما لو كان المتلف هو الاجنبي فالمالك مخير بين الرجوع عليه وبين الرجوع على الغاصب ثم يرجع الغاصب على الاجنبي لان قرار الضمان على من تتلف العين فى يده ولا فرق فى التلف السماوي بين كونه بتفريط الغاصب وتعديه ام بغير ذلك كما نبهت عليه مادة « ٨٩١ » كما انه يلزم الغاصب ان يكون ضامنا اذا استهلك المال المغصوب كذلك اذا تلف اوضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ايضا ضامنا قيمته يوم غصبه ،، ، وقد اتفق فقهاء الفريقين على الفرق فى الضمان بين المثلى فيضمن بالمثل والقيمي فيضمن بالقيمة وقد مر عليك فى اوائل الجزء الاول بيان ضابطة الفرق بينهما ، انما المهم الكلام فيما لو اختلفت القيمة بين يوم الغصب ويوم التلف او بين احدها وبين يوم الدفع فهل اللازم دفع قيمة يوم الغصب مطلقا او يوم التلف كذلك او يوم التسليم كذلك او اعلى القيم من الاول الى الثاني او الى الثالث ، والفرق بين باب الغصب وغيره من انواع الضمانات وجوه بل اقوال والخلاف قائم بين عامة ارباب المذاهب فالمنقول عن ابي حنيفة ضمان قيمته يوم الغصب وهو ظاهر اطلاق المجلة ونسب

الى اكثر فقهائنا اعتبار يوم التلف لانه يوم الانتقال من وجوب رد العين الى القيمة ضرورة ان العين لما كانت موجودة عند الغاصب كان الواجب عليه ردها عيناً فلما تلفت انتقل الحق من العين الى القيمة ولكن يشكل هذا بانه مخالف لرواية صحيحة في هذا الباب ظاهرها اعتبار قيمة يوم الغصب وحيث ان هذه الصحيحة تشتمل على كثير من احكام الضمانات وضمان منافع العين المغصوبة وهي غزيرة الفائدة عظيمة البركة فاللازم هنا نقلها بنصها ثم النظر فيما يستفاد منها :

روى الشيخ الطوسي رحمه الله في الصحيح عن ابي ولاد قال اكتريت بغلا الى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذري واردت ان اتحلل منه فيما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة واخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لي ماصنعت بالبغل قلت ارجعته سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من هذا الرجل قلت اريد كراء بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما فقال اني ماارى لك حقا لانه اكتراه الى قصر بني هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن فيه البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده واخذ صاحب

البغل يسترجع فرحمته مما افتى به ابو حنيفة واعطيته شيئاً وتحللت منه وحججت تلك السنة فاخبرت ابا عبدالله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها وتحبس الارض بركاتها فقلت لابي عبد الله عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك قال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل وذاهباً من النيل الى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه إياه قال قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب قلت ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل عقر او كسر او دبر قال عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو فيلزمك وان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك فقلت اني كنت اعطيته دراهم ورضي بها وحللني فقال انما رضي بها وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظلم ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك (انتهى) .

وذكر بعض اعلام فقهائنا المتأخرين ان موضع الدلالة منها كلمتان [الاولى] ظهور قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمة سواء اضفنا البغل الى اليوم او جعلناه منونا عوض اللام فيكون التقدير قيمة البغل يوم المخالفة وسقوط اللام حينئذ للاضافة

لا للتنكير ليكون موهما انها قيمة بغل مثل البغل لو تلف فيدل على ضمان القيمي بالمثل والقيمة هي قيمة المثل لا قيمة التالف، واحتمل جماعة تعلقه بالفعل المستفاد من نعم اي يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فلا يدل على قيمة يوم المخالفة، ثم قال وهو بعيد جداً بل غير ممكن لان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته [الثانية] قوله او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا فان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه فلا بد ان يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة لانه هو يوم الاكتراء فان المخالفة على ظاهر الرواية كانت بمجرد خروجه من الكوفة ومعلوم عدم اختلاف القيمة في تلك المدة القليلة اي ما بين الخروج من الكوفة والتوجه الى نحو النيل المحقق للمخالف (انتهى ملخصاً) .

واقول ان فيما افاده قدس سره مواقع للنظر اما « اولا » فقوله واما ما احتمله جماعة الى قوله فبعيد جداً بل غير ممكن - غريب جداً فان الاستفهام في كلام الراوي اليس يلزمني - لم يكن حقيقياً وانما هو تقريري او انكاري ولم يقصد به السؤال عما يضمن به بل عن اصل الضمان فان الامام عليه السلام لما الزمه بالكراء من الكوفة الى النيل ومنها الى بغداد ثم منها الى الكوفة استنكر السائل ذلك واستفهم إنكاراً

ـ اليس ـ يلزمني ضمان العين يعني فكيف اضمن الاجرة مع اني ضامن العين لو تلفت مشيراً الى فتوى ابي حنيفة المستندة الى قاعدة (الضمان بالخراج) فليس في السؤال تعرض للقيمة اصلا وليست هي من محل البحث في شيء فضلاً عن التعرض لقيمة اي يوم من يومي الغصب اوالتلف وانما ذكر الامام عليه السلام يوم المخالفة وقال قيمة بغل يوم خالفته اشارة الى رد الاستنكار وانك بمخالفتك وغصبك خرجت عن الامانة فصرت ضامناً للعين وتعلق الضمان يوم المخالفة ومن اجل المخالفة ولو كنت مستمراً على اجارتك ولم تخالفها كنت اميناً ولم تكن ضامناً فحاصل الجواب نعم يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب ولا اشعار فيها فضلا عن الظهور بان المدار على قيمته يوم التلف او يوم الغصب او غيرهما (وثانيا) ان من الممكن منع اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة اذ من الجائز انه قد اكتراه قبل خروجه بايام ولو سلم انه اكترى يوم سفره ولكن يمكن منع قرب عدوله الى نحو النيل من ساعة خروجه من الكوفة ولو كان قريبا منها لرجع الى صاحب البغل وراجعه في الاجارة الى النيل والظاهر ان قنطرة الكوفة بعيدة عنها، ولو سلم كل ذلك فلا دلالة فيها على ان اعتبار يوم الاكتراء كان من جهة وقوع المخالفة فيه بل لعله من اجل ان يكون هو الاصل المحفوظ فاما ان يتفقا على بقائه على تلك القيمة الى يوم التلف او يدعي المالك الزيادة او المستأجر النقيصة فيرجعان الى من يحكم بينهما حسب الاصول والقواعد وتعيين المدعي والمنكر والاخذ بوظيفة كل منهما كما يشعر به ذيل الرواية واغرب من

هذا أنه قدس سره بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفة قال: مانصه - نعم يمكن ان يوهن مااستظهرناه من الصحيحة بانه لايبعد ان يكون معنى الحكم في الرواية على ماهو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما ويكون السر في التعبير بيوم المخالفة دفع مار بما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام من ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل الى آخره .

وهذا من الغرابة بمكان فان الحكم الواقعي لو كان هو اعتبار قيمة يوم التلف لكان اللازم بيانه وببيانه يحصل دفع توهم العوام ولا وجه للتعبير بخلاف الواقع وان العبرة بيوم المخالفة لدفع ذلك التوهم مع مافيه من الاغراء بالجهل ، وبالجملة فالعدول عن بيان الواقع الى خلافه بذكر يوم المخالفة تارة ويوم الاكتراء اخرى مع ان العبرة بيوم التلف واقعاً لم يظهر له وجه اصلاً بل غير جائز قطعا ، ومن جميع ذلك ظهر ان الرواية بمعزل عن تعيين قيمة اي يوم من الايام المحتملة بل جل الغرض منها بيان اصل ضمان المنافع كضمان العين دفعا لشبهة ابي حنيفة التي تقدم توضيحها والجواب عنها غير مرة وبعد ان خلت القضية عن النص في تعيين قيمة يوم الغصب او يوم التلف فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعدة وهو اعتبار قيمة يوم التلف لانه يوم انتقال الحق من العين الى القيمة واشتغال الذمة بها كما ذهب اليه اكثر فقهائنا ودعوى ان الذمة قد اشتغلت بالقيمة يوم الغصب نظراً الى ان معنى ضمان العهدة كما تقدم مراراً هو وجوب رد العين مع وجودها وتداركها بالبدل مع فقدها

مدفوعة بان اشتغال الذمة (اولا) كان فرضيا وتقديريا (وثانيا)
كان على نحو الابهام والاجمال وتنجزه وتعيينه يكون يوم التلف
فالمدار عليه ، ومن هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان
كما لو كان للعين قيمة في بلد الغصب واخرى في بلد التلف وثالثة في بلد
المطالبة او التسليم فالظاهر تعيين قيمة بلد التلف لانها هي التي استقرت
وتنجزت في الذمة وبها يحصل التدارك للعين شرعا وعرفا ولذا اتفقوا ظاهراً
على عدم العبرة بزيادة قيمة العين بعد التلف الا من القائل باعلى القيم
من زمان الغصب الى وقت الدفع وهو شاذ ولم يعلم وجهه واقصى
مايقال في توجيهه أن العين كانت مضمونة في جميع الازمنة فاذا ارتفعت
قيمتها في زمان صار تداركها لايحصل الا بدفع تلك القيمة فكما انها
لو تلفت تعينت هي فكذا اذا حال احد بينهما وبين المالك اذ بقاؤها
مع عدم تمكنه منها مساوٍ لتلفها حكما نعم لو ردها فقد حصل التدارك
بنفس العين ولو نقصت قيمتها لان ارتفاع القيمة السوقية امر اعتباري
لايضمن بنفسه لعدم كونه مالا وان كان مقوما لمالية المال وبه تمايز
الاموال قلة وكثرة (وبيان) آخر ان للعين مع تزايد القيمة مراتب
من المالية ازيلت يد المالك عنها فان رد نفس العين سقط الحق ولم
يضمن الزيادة لانها اعتبار يتبع العين والا ضمن العين بعليا مراتبها
هذا كله لو علمت القيم يوم الغصب ويوم التلف اما لو شك في قيمتها
يوم التلف وانها كانت عشرة او خمسة فالمرجع الى الاصل العملي وهو
اصالة اشتغال ذمة الغاصب ولا يحصل اليقين ببراءة ذمته من حق المالك

الا بدفع الاكثر واستدل بهذا ايضا لوجوب دفع اعلى القيم من زمن الغصب الى وقت التلف او الى وقت الدفع ولكنه في الجميع واضح الضعف وليس المورد من موارد الاشتغال بل من موارد اصل البراءة لان التكليف بالاكثر غير معلوم والقدر المتيقن هو الاقل وينفى المشكوك بالاصل كما في سائر موارد الشك بين الاقل والاكثر ، نعم لو كان التكليف مردداً بين متباينين او مجملا تعين الرجوع الى الاشتغال ثم ان هذا كله انما هو في تفاوت القيمة السوقية الناشئة من تفاوت الرغبات اما الارتفاع لزيادة العين فلا خلاف في ضمان اعلى القيم وتكون الزيادة في القيمة بازاء زيادة العين وضمانها كضمان الجزء الفائت نعم يجرى الخلاف في ضمان هذه الزيادة وانه باعتبار قيمتها يوم الغصب او يوم التلف او غير ذلك (هذا تمام الكلام) في القيمي وجميع ماذكر فيه يجري في المثلي اذا تعذر المثل وانتقل الحق الى قيمته اي قيمة المثل سوى ان يوم التعذر هنا يقوم مقام يوم التلف هناك لانه هو اليوم الذي ينتقل الحق فيه من العين الى القيمة فيعتبر قيمة المثل يوم تعذره لاقيمة يوم التلف (الحالة الثالثة) من حالات العين المغصوبة تعذر الوصول اليها وعدم امكان ردها الى المالك مع وجودها وعدم تلفها وهلاكها كما لو ابق العبد من الغاصب او شردت الدابة او وقع المال المغصوب في البحر او ضاع او سرق وامثال ذلك وقد اتفقوا هنا على وجوب التدارك بدفع البدل مثلا في المثلى وقيمة في القيمي ويسمونه (بدل الحيلولة) ولكنهم وقعوا فى محذور عويص ارتبكوا اشد الارتباك فى التخلص منه

وهو انهم اتفقوا ان ما يدفعه الغاصب من البدل يملكه المغصوب منه ويتصرف فيه جميع التصرفات المتوقفة على الملكية من بيع ورهن ووقف وغيرها ثم اتفقوا على الظاهر ان المغصوب الذي يتعسر او يتعذر الوصول اليه كما لو كان ضايعا مجهول المحل مثلا هو باقٍ على ملك مالكه المغصوب منه ولهذا لو ظهر بعد ذلك يرجع له لا للغاصب الضامن ويؤيده انه لم يجر معاملة توجب الانتقال فلازم من هذين الامرين محذور اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اي اجتماع العوض والمعوض بل كون العوض بلا معوض وهو محال عقلا باطل شرعا ، وحاول بعضهم التفصي عن الاشكال بالتزام عدم دخول البدل فى ملك المغصوب منه بل مفاد هذه المبادلة اباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملكية فيكون المقام نظير المعاطاة على القول بالاباحة لا الملكية ويكون بيعا لازما بتلف احد العوضين فكذلك مانحن فيه ولكنك خبير بان هذا لايجدي فى رفع الاشكال لانهم فى المعاطاة على القول بالاباحة التزموا بحصول الملكية آنا ماقبل التصرف الموقوف على الملك كالوقف والبيع فلو التزمنا هنا بذلك عاد الاشكال تماما حيث يلزم ان يكون المغصوب منه قد ملك البدل مع بقاء المبدل على ملكه ولذا لو ظهر رجع اليه لا الى الغاصب ففي المعاطاة يلتزمون عند التصرف بالمعاوضة على حقيقتها بخلافه هنا ومن هنا ايضا ينشأ اشكال آخر وهو انه لو رجع المبدل المغصوب وامكن رده الى مالكه فهل يرجع ما اخذه من البدل عينا او بدلا الى الغاصب مطلقا اولا يرجع مطلقا فيجمع بين العوض والمعوض او يرجع

اذا كان موجوداً ولا يغرمه اذا كان تالفا وجوه واقوال لايخلو كل واحد من الاشكال والمسألة من معضلات الفن واقصى مايمكن ان يقـال من التحقيق والوجه الدقيق لحلها هوان للعين المملوكة بنظر العقلاء اعتباراً من حيث ذاتها مجردة عن كل شيء وعن كل وصف ، واعتباراً ثانيا من حيث اوصافها ومنافعها المحققة لماليتها ولا شك ان الملكية تدور مدار الذات لا الصفات يعني ان الملكية تتحقق وان لم تكن للعين ماليـة كما هو واضح فى حبة الحنطة فانها ملك لك ولا يجوز لاحد ان ياخذها بدون اذنك ويكون غاصبا لو انتزعها منك بغير رضاك ولكنهـا ليست بمال ولا يبذل بازائها مال فالمال شيء والملكية شيء آخر فاذا غصبك عينا لها مالية وحال بينك وبين الانتفاع بها فقد غصبك الذات والصفات اي المنافع فيجب عليه عقلا وشرعا التدارك والغرامة بعد تعذر رد الذات ولا يحصل التدارك الا بدفع بدلها مثلا او قيمة ولا يتحقق التدارك التام والغرامة الا بان يكون لك جميع انواع التصرفات بالبدل حتى الموقوفة على الملك على النحو الذي كان لك فى مالك ولكن هـذا لا يقتضي التبادل فى الملكية بل كل مال من البدل والمبدل باق على ملك صاحبـه وانما دفع لك البدل بدلاً عن حيلولته بينك وبين الانتفاع بمالك ولذا سموه (بدل الحيلولة) وبعبارة اجلى ان مالية البدل لك اما عينه وذاته فهي لصاحبها الضامن كما ان المبدل المفقود ذاته لك اما ماليته فقد ذهبت عليك وتدار كها الغاصب بدفع البدل فلو ظهر البـدل المفقود رجع الى مالكه المغصوب منه لانه ملكه اما بدله فان كان موجودا عنده ارجعـه

الى الغاصب لانه ملكه وقد ارتفعت الحيلولة الموجبة لتسلط المغصوب منه عليه واما لو كان تالفا تلفا حقيقيا او حكميا كما لو وقفه او اعتقه فلا رجوع عليه لا بغرامة ولا غيرها لان الشارع اسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب وهذا معنى ذهابه من مال الغاصب كما لو تلفت العين المغصوبة تلفا حقيقيا أليس يغرمها الغاصب وتذهب من ماله ؟ فكذلك هنا ويكون اتلاف المغصوب منه للبدل ليس لانه مالك له حتى يلزم الجمع بين العوض والمعوض بل هو ملك الغاصب ولكنه ماذون شرعا باتلافه حقيقة او حكما بوقف ونحوه مثل الاذن باكل مال الغير في مخمصة ونحوها سواء ان هذا بضمان وما نحن فيه بغير ضمان لانه غاصب اما لو باعها فالاقرب ان البيع يقع متزلزلاً ومراعى فان رجع المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل ورجع الى الغاصب وان تلف المغصوب تلفا حقيقيا او حصل اليأس من عوده صار البيع لازماً كما انه لو كان بعد في يد المغصوب منه صار ملكا ذاتا له واشبه المعاطات من هذه الجهة وان كنا لا نلتزم بالملكية آناً ما في هذا المقام كما في المعاطات بل نقول لو وقف او اعتق او باع انه باع ووقف ملك الغير عن نفسه باذن الشارع و ياخذ العوض بدلا عن ماله الذي حال الغصب بينه و بين التصرف فيه فبينه وبين المعاطات فرق ظاهر وبهذا ترتفع جميع المحاذير. وتندفع كافة الاشكالات ولا يلزم سوى تخصيص قاعدة لا بيع الا في ملك واخواتها وهو غير عزيز النظير في القواعد الشرعية والمسائل الفقهية وبهذا كله ظهر ان اصح الاقوال هو القول

الثالث وهو القول بالتفصيل كما ظهر ايضا انه مع امكان الرد وزوال التعذر يجب على الغاصب ردها ويسترد مادفعه من الغرامة ان كانت موجودة والا ردها بغير استرداد شيء فلو لم يردها وتلفت ضمنها ثانيا وهكذا وللمالك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب واذا رد البـدل لايرد منافعه المنفصلة بل ولا يغرم قيمة مااستوفاه من منافعه الماضية نعم الزيادة المتصلة تتبع العين امامنافع العين المغصوبة فهي للمالك في جميع الاحوال ويغرم الغاصب قيمة مااستوفاه كماعرفت مراراً خلافالابي حنيفة ثم ليس للغاصب حبس العين المغصوبة حتى يسترد غرامته اذا كانت موجودة وان كان القول بان له حبسها وفاقا لجماعة من الاعلام غير بعيد هذا موجز الكلام في بدل الحيلولة وبقيت فروع وتحقيقات اخرى لايتسع لها المجال مذكورة في كتب اصحابنا المبسوطة وفيما ذكرناه كفاية ان شاء الله .

مادة ﴿ ٨٩٢ ﴾ اذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب الى صاحبه بريء الغاصب من الضمان .

تحتاج هذه المادة الى قيود اخرى فان التسليم في مكان الغصب انما يكفي اذا لم يكن مخوفا ولم يكن فيه محذور ، امامع الخوف اوالضرر فلا يكفي في رفع الضمان الا اذا رضي المغصوب منه كما كان يلزم تقييد صاحبه بما اذا كان بالغا عاقلا رشيدا ومع فقد واحد من هـذه الصفات فالضمان باقٍ وفي حكم تسليمه التسليم الى وكيله اووليه او وارثه مع موت المالك ولو سلم العين الى احد الورثة بـدون اذن الباقين ضمن

لهم وفي حكم تسليمه ايضا اذن المالك ببقائها عند الغاصب وديعة اوعارية او اجارة او اباحة ففي جميع ذلك يزول الضمان عن الغاصب ويجري عليه حكم تلك العناوين وكذا لو وكله على بيعه او اجارته فتلف قبل ذلك ، والحاصل يزول عنوان الغصب الموجب للضمان بكل مادل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبة في يد الغاصب ويتحقق به عنوان الرد عرفا فلو قال للغاصب انت وكيل على بيعه وتلف في يد الغاصب قبل البيع فلا ضمان خلافا لبعض شراح المجلة وكل هذا واضح انما المهم مايتحقق به عنوان الرد والتسليم وهو كسائر المفاهيم له افراد قطعية الدخول فيه كما ان هناك افراداً قطعية الخروج وهناك افراد مشكوك بانه يتحقق عنوان الرد بها حتى يزول الضمان ام لا، منها ماذكره في مادة (٨٩٣) اذا وضع الغاصب عين المغصوب وان لم يوجد رد فى الحقيقة ومنها مالو دفعه له بعنوان الهدية او الضيافة او نحوها من العناوين المجانية وانها ليست ماله المغصوب فلو غصبه طعاما وقدمه للمالك فاكله وهو لايعلم بانه طعامه لم يتحقق الرد و يكون ضامنا الى كثير من هذه الفروع ، ، ، وخلاصة التحقيق ماتقدم فى امثال هذا الباب من ان الرد والتسليم والاخذ والقبض كلها مفاهيم عرفية فالمرجع فى تعيين مصاديقها الى العرف وما يشك العرف فيه اولم يعرف حاله عندهم فالمرجع الى الاصول الموضوعية فان لم يكن فالحكمية نعم لاريب فى ان الرد لايتحقق بالتخلية اورفع الغاصب يده عن العين المغصوبة ونحو ذلك من المعاني السلبية بل لابد فى تحققه من معنى ايجابي فكما ان الغصب لايتحقق بمحض رفع

يد المالك عن حاله ولذا قالوا لومنع المالك عن امساك دابته لم يتحقق الغصب فالرد الذي هو نقيض الغصب ورافعه لايتحقق بصرف رفع الغاصب يده عن العين المغصوبة وكما لابد فى تحقق الغصب من الاستيلاء على مال الغير فكذلك لايحصل الرد حتى يحقق استيلاء المالك على ماله المغصوب فلو ارسل الغاصب الدابة ونزع يده منها لم يحصل رد ما لم يضع لجامها فى يد المالك او يلقيه بين يديه بل لو وضعها فى مربطها او أدخلها فى بيت المالك ، او وضع الثوب فى صندوق المالك ونحو ذلك كل ذلك لايكون ردا ولا اقل من الشك فيستصحب حكم الضمان لو تلف ومما ذكرنا ظهر الخلل فى مادة (٨٩٣) اذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على اخذه فيكون قد رد المغصوب وان لم يوجد قبض فى الحقيقة وجعلوا هذا رداً حكميا ومع القبض رداً حقيقيا وان الفرق بينهما ماذكرته المجلة بقولها :

اما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته قدام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ مالم يوجد قبض فى الحقيقة .

وعلل هذا بعض الشراح بان دفع القيمة مبادلة وهي لاتكون الابرضى الطرفين بخلاف مالو دفع العين فانها عين حقه ،،، وانت خبير بضعف هذا التعليل بل فساده فان المبادلة لو كانت اختيارية لاحتاجت الى رضى الطرفين اما لو كانت قهرية بحكم الشارع ومصادقة العرف فلا حاجة الى الرضاء، وتوضيحه ان الشارع لما جعل المثل او القيمة بدلا عن العين التالفة لزم ان يترتب على البدل جميع آثار المبدل فكما ان الغاصب لودفع العين

خرج من عهدة الضمان قهراً على المالك رضى اولم يرض فكذلك لودفع البدل الذي جعله الشرع والعرف بمنزلة العين (وبعبارة) آخر ان الوضع قدام المالك ان كان من مصاديق الرد عرفا فهو يكفي فى القيمة كما يكفي فى العين وان لم يكن منها فلا يكفي فى المقامين فالتفصيل لا وجه له اصلا وهذا هو الوجه فى مادة « ٨٩٤ » لو سلم الغاصب فان دفعه فى محل مخوف لا يتحقق معه الاستيلاء التام فلا يتحقق الرد المسقط للضمان نعم لو قبضه ورضي فقد اسقط حقه وهذا مطرد فى جميع الحقوق التي فى الذمم والاعيان من الدين والسلف والكفالة وغيرها .

مادة ﴿ ٨٩٥ ﴾ اذا اعطى الغاصب ... الرجوع الى الحاكم على الظاهر لاحاجة له الا اذا لم يمكنه ان يضعه بين يديه او يلقيه عليه في محل الأمن فهناك اما ان يدفعه الى الحاكم فيبرأ او يطلب منه احضاره فيلزمه باخذه .

مادة ﴿ ٨٩٦ ﴾ اذا كان المغصوب منه صبيا ورد الغاصب اليه فان كان مميزاً واهلا لحفظ المال يصح الرد وإلا فلا الرد الى ولي الصغير الغير البالغ مطلقا اولى واحوط ولا يصح الدفع الا للبالغ الرشيد .

اما النائم فان غصب منه حال نومه كما لو اخذ خفه او رداءه او انتزع من اصبعه خاتمه فقد اجاز ابو يوسف رده اليه في ذلك النوم فلو رده فى نومه الثاني بعد انتباهه لم يخرج من الضمان واشترط الشيباني وحدة المجلس لا وحدة النوم والاصح انه بوضع يده على مال غيره

صار ضامنا ولا يسقط الا بالقدر المتيقن من الرد وهو رده فى يقظته .

مادة ﴿ ٨٩٧ ﴾ اذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا وان شاء ضمنه ، تغير المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات .

﴿ الأولى ﴾

ان تتغير الذات والحقيقة النوعية وله صورتان (اولاهما) ان تتغير الذات بالانقلاب كانقلاب الخمر خلا والحيوان ملحا او الخشب فحما (ثانيها) تغيره بالنشو والنمو كصيرورة الحب زرعا والنطفة حيوانا .

﴿ الثانية ﴾

ان لا تتغير الذات بل تتغير العوارض والصفات وله (صورتان) ايضا فان تغير الوصف اما ان يكون مع بقاء الاسم كصيرورة الثوب الابيض اسود والاصفر احمر وهكذا او يتبدل الاسم ايضا كصيرورة القمح دقيقا والدقيق خبزا ومنه صيرورة قطعة القماش بالقطع والخياطة قميصا او قباء .

﴿ الثالثة ﴾

ان يتغير الامتزاج مع غيره فان استهلك فى المزيج فهو تالف والا فاما ان يمكن تمييزه وعزله اولا وعلى الثاني فاما ان يمتزج بالمساوي او الاعلى والادنى .

اما تغير الذات بالانقلاب فان عده العرف تلفا فلا اشكال ويجري عليه ماسبق من احكام التلف والا فالمالك مخير بين اخذه او اخذ المثل

او القيمة ويبقى المال للغاصب .

واما تغيرها بالنشو والنمو كما لو غصب حبا فزرعه .

فالزرع دائما لصاحب البذر وكذلك الحيوان لصاحب النطفة ولصاحب الارض والعامل الاجرة اما اذا كان العامل هو الغاصب فلا اجرة له وكذلك لو زرعها في ارضه نعم للمالك ان يترك الزرع للغاصب ويطالبه بالمثل او القيمة من جهة التغيير واما تغيير العوارض والصفات ففيه صور كثيرة يجمعها ثلاثة عناوين فانها اما زيادة او نقيصة او فصل ووصل والزيادة اما زيادة عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخيوطه وصبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسما لا عرضا واما زيادة وصف محض كما لو علم العبد الكتابة او ساوى الارض او اقام السيف المعوج وهكذا ، ، اما زيادة العين فقد اتفقوا ظاهرا على ان الواجب على الغاصب انتزاعها فان عابت او تلفت فلا غرامة له لانه هو المسبب على نفسه وان عابت العين المغصوبة وجب عليه التدارك لمالكها وللمالك ان ياخذها ويدفع قيمة العين الزائدة من خيوط او صبغ او غيرها ولكن للغاصب ان يمتنع وينتزعها اذا شاء هذا مع امكان الانتزاع اما مع عدمه كما في الصبغ ونحوه من كتابة ورسم ونظائرها فالمالك مخير بين اخذها ودفع قيمة الزيادة للغاصب وبين اخذ المثل او القيمة وبين بيع العين وياخذ كل من الغاصب والمغصوب منه حقه بالنسبة ، ويمكن ان يقال ان الصبغ ان كان عينا ولها جرم فان امكن نزعها تعين والا فلا حق للغاصب لانها من قبيل الاوصاف نعم لو انقصت فعليه ارش النقص فليتأمل ؛ اما

زيادة الوصف المحض كتعليم الكتابة او تمرين الدابة او تسوية الارض فلا يضمنه المغصوب منه وان زادت به القيمة اضعافا لان الاوصاف عندهم لاتقابل بالاثمان وان زادت بها الاثمان ولكنهم قالوا لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه ولا له الا ان تكون عينا فان تم الاتفاق على هذا فهو والا فلا يخلو من نظر ، واما النقيصة فان كانت عينا فهي من نقص الاجزاء والمتفق على ضمانها قولاً واحداً وان كانت وصفا محضا كما لو اعوج السيف عند الغاصب ونسي العبد الكتابة وامثال ذلك فظاهرهم الاتفاق على انها مضمونة بالارش كالاجزاء مع انهم في زيادتها قالوا بعدم الضمان لانها لاتقابل بالاعواض والعلة مطردة ووجه الفرق يحتاج الى مزيد تأمل ، ، ، ومما ذكر يعلم حال الفصل والوصل كما لو قطع او حاك الغزل فان نقصت القيمة ضمن الغاصب النقيصة وان ساوت اوزادت فلا شيء له ولا عليه واما التغيير بالامتزاج فان امكن التمييز فلا اشكال والا فلا يخلو اما ان يمتزج بالمساوي او بالاعلى او بالادنى فان كان المساوي فالقسمة وياخذ كل واحد حقه او يبقى على الشركة عينا لاقيمة وكذا قالوا في امتزاجه بالاعلى لان الزيادة الحاصلة صفة حصلت بفعل الغاصب عدوانا فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله كما لو صاغ النقرة وعلف الدبة فسمنت وفيه نظر لايخفى والقول بالانتقال الى المثل او القيمة اقرب الى الصواب لانه جمع بين الحقين كما لو مزجه بالادنى ولم يمكن التمييز هذا تمام الكلام في انواع التغيير وحكم كل نوع منها ومنه يظهر الخلل الواسع في مواد المجلة كما نشير اليه في كل

مادة حسب ماياتي ففي هذه المادة (٨٩٧) الحكم بالخيار غير متجه بل ليس له الا عين ماله فان نقصت قيمته باليبس اخذ الارش والا فله العين بلا ضميمة ولا فرق بين ان يكون اليبس بفعل الغاصب او بفعل غيره او بسبب سماوي كما لو جفف العنب فصار زبيبا اوجف لحرارة الهوآء ومن الغريب قول بعض الشراح انه لو جفف الغـاصب العنب ملكه وينقطع منه ملك المغصوب منه) فانه حكم جزافي لاوجه له كما لاوجه للخيار في مادة (٨٩٨) اذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا وان شاء ضمنه مثلا لو كان المغصوب ثوبا و كان قـد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شآء ضمن الثوب وان شآء اعطى قيمة الصـبغ واسترد الثوب عينا ... بل الأصح التفصيل فان كانت الزيادة عينا وامكن نزعها كالخيوط تعين الى ان يتراضيا فيدفـع المالك قيمة الزيادة ويأخذ العين وان لم يمكن فان نقصت القيمة ضمن الغاصب النقيصة وإلا أخذ المالك العين ولا شيء للغاصب ولا عليه ولا فرق في ذلك بين الصبغ وغيره من انواع الزيادة .

مادة (٨٩٩) اذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب .

عرفت ان تبدل الاسم لااثر له وانمـا المدار على انقلاب الذات اوتبدل الصفات فمن غصب حنطة وطحنها فان الدقيق وان اختلف مع الحنطة بالاسم ولكن الحقيقة واحدة واكثر الخواص فيهما متساوية و كذا

لو غصبه عنبا فصار زبيباً اورطباً فصار تمراً أودبساً والمرجع في امثال ذلك الى زيادة القيمة ونقصها فان نقصت رد العين مع الارش وان زادت اوساوت اخذها بلا شيء كل ذلك لان عينه موجودة وانما تغيرت العوارض والصفات وتغير الاسم لايوجب تغير الحقيقة ولعل من هذا القبيل مالو غصب شاة وذبحها ، وفروع هذا الاصل كثيرة لاتحصى ولكن تمييزها عن غيرها يحتاج الى لطف قريحة وعلى ماذكرنا فلا وجه لقول المجلة : مثلا لو كان قد غصب الآخر ،،، وكذا لاصحة لقولها ومن غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه يكون ضامنا للحنطة والمحصول له بل الحق ان الزرع لصاحب الحنطة وله اجرة الارض على تأمل في استحقاقه اجرة الارض والعمل بل هو من قبيل مالو علف الدابة فسمنت واستحقاق الاجرة في المقامين يحتاج الى مزيد تأمل اما رجوع الزرع الى صاحب الحنطة فمما لاينبغي الاشكال فيه للقاعدة المسلمة على الظاهر شرعاً وعرفاً في ان الزرع لصاحب البذر وتوهم ان زرع الحنطة اتلاف للحنطة توهم فاسد جداً بل الحنطة قد نمت واتسعت لا أنها عدمت ووجد الزرع من شيء آخر وبالجملة ليس المقام مقام ايجاد واعدام اي اعدام حقيقة وايجاد حقيقة اخرى بل تلك الحقيقة ارتقت وصعدت فى صراط الحركة حب وزرع ثم زرع وحب وهكذا فتدبره جيداً وان كان واضحاً نعم من الصحيح المحكم قولها .

مادة « ٩٠٠ » اذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لايقبله الى آخرها » .

فان الغاصب اذا رد العين لصاحبها ولم ينقص جزء من اجزائها ولا تغير وصف من اوصافها سوى ان قيمتها السوقية نزلت لم يكن عليه ضمان نقصان القيمة السوقية لانه رد عين ماله اليه بحاله وزيادة السوق امر اعتيادي ليس بشيء مضمون وهذا على الظاهر متفق عليه بين الفريقين وتفاوت الرغبات شؤون خارجية وجهات اعتبارية تحدث وتزول في نفوس البشر بمشيئة الله جل شأنه وتصرفه في الاكوان ، نعم لو كان نقص القيمة بسبب استعمال الغاصب لزمه الضمان قطعا لانه يعود الى نقص جزء او وصف في العين ولو وصفاً اعتباريا ككونه جديداً اوغير مستعمل كما ذكره في المجلة فضلا عما ذكرته بقولها مثلا اذا ضعف الحيوان .

ثم لا وجه للتفصيل في قضية شق الثوب بين ربع قيمة المغصوب وبين مالو كان فاحشا الذي نوهت عنه بقولها كذلك اذا شق الثوب .

وقد عرفت ان عين ماله موجود لم ينعدم والقاعدة العامة انه كلما كان عين المال موجودا فالحكم رده بعينه غايته انه اذا تغير وصفه تغيرا يوجب نقص قيمته تدارك الغاصب النقص والافلا شيء عليه وماذكرته المجلة من التفصيل حكم جزافي عار عن الدليل .

مادة « ٩٠١ » الحال الذي هو مساو للغصب في ازالة التصرف حكما يعد من قبيل الغصب كما ان المستودع اذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار لو تلفت يكون ضامنا ،،،

قد عرفت ان الغصب لا أثر له اصلا في باب الضمانات وانما يدور الضمان وعدمه مدار وضع اليد اى الاستيلاء على مال الغير بدون اذنه سواء كان غصباً اوغيره وهذا احد موارد اليد فان اليد في الوديعة وان كانت غير ضمانية للامانة ولكن بالانكار خرجت عن الائتمان فجاء الضمان سواء تحقق عنوان الغصب هنا ام لا اذ ليس مدار الضمان عليه كما عرفت .

مادة « ٩٠٢ » لو خرج ملك احد من يده بانهدام جبل بما عليه الى آخره .

من الواضح ان هذا النوع ونظائره خارج عن باب الغصب ولا دخل له به اصلا ، بل سقوط الأعلى على الأسفل ان كان بقصد من صاحبه فهو اتلاف وضامن للاسفل لاغير .

وان لم يكن بقصد بل القته العواصف فهو غير ضامن اصلا بل قضاء من الله تعالى اوجبه ضرر الطرفين فلا يضمن احدهما للآخر فما ادري اين مورد الضمان في هذا الفرع بل مقتضى القاعدة ان السقوط اذا كان بغير قصد تبقى الأرض العليا ملكا للاول ولا يغرم الاسفل له شيئاً كما لا يغرم الاعلى له شيئاً نعم في مثال اللؤلؤ والدجاجة يتعارض الضرران ومقتضى قاعدة ازالة الاشد بالاخف والجمع بين الحقين ان يغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجة اما مع التساوي فاما القرعة اوترجيح الحاكم بمراعاة الجهات الخارجية من فقر وغيره وهذا اذا لم يمكن بيعهما وقسمة المال بينهما بالنسبة ولو بذبح الدجاجة وبيعها بعد اخراج اللؤلؤة والا تعين كما هو واضح

مادة « ٩٠٣ » زوايد المغصوب لصاحبه .

هذا مما لا اشكال فيه عند فقهاء الامامية اجمع بل يضمن حتى المنافع الاعتبارية التي لا عين لها كسكنى الدار ولبس الثوب اما المنافع الغير مستوفاة كما لو غصب الدار ولم يسكنها احد ففيها خلاف واقوال كثيرة كضمان منافع الحر والحق عندنا فيها التفصيل فان صدق الفوت ضمن والا فلا ثم لا فرق عند اصحابنا في المنافع بين المغصوب مع العين او المتولد منها في يد الغاصب كما لا فرق في ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه او تلف بغير تعد ولا تفريط ويظهر من المجلة انه لا يضمن المنافع المنفصلة الا اذا استهلكها اما لو تلفت تلفا سماويا فلا ضمان ومقتضى قاعدة اليد وان النماء يتبع الأصل هو الضمان مطلقا فالتفصيل لا وجه له وهو تفصيل بلا دليل كما ان قاعدة (الخراج بالضمان) على مذهب الحنفي من ان ضمان العين والمنافع لا يجتمعان يقتضي عدم الفرق في رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصلة والمتصلة العينية والاعتبارية مع التلف او الاتلاف ولازم هذا لو غصب الدابة فولدت فباع الفلو او استهلكه لا ضمان عليه وهو غريب واباحة لأموال الناس بغير سبب صحيح ولا اظنهم يلتزمون به في المنفصلة وان صرحوا به في المنافع التي لا عين لها كسكنى الدار ولبس الثوب وركوب الدابة ، بقي الكلام في المنافع المتصلة كسمن الدابة ونحوه لو اتلفها الغاصب او تلفت عنده فقد نقلوا عن ابي يوسف والشيباني وعن ابي حنيفة عدم الضمان والقول الأول اقوى وان ظهر من بعض اصحابنا عدم الضمان بناء على ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض

وهو على اطلاقه محل نظر اما قضيـة النحل والعسل فالقاعدة الكلية المطردة في باب الطيور الاهلية بل وسائر الحيوانات ان صاحب الدار والبستان ونحوها اذا بنى وكراً اوعشاً للطيور تأوي اليه وقـد دخلت في حيازته وصارت هي وبيضها وفراخها ملكا له واذا بنت هي عشاً لها من القش ونحوه في بعض زوايا داره واشجار بستانه فصيرورتها في حيازته وملكا له بمجرد ذلك محل نظر بل الظاهر بقاؤها على الاباحـة يملكها كل من صادها ومن ذلك الحمام والنحل وغيرها ، فقول المجلة وكذلك لو اغتصب الى الآخر يبتني على ماذا بنى روضة تاوي اليهـا لامطلقاً وكذلك مافي مادة « ٩٠٤ » عسل النحل الى الآخر ،،، مقيد بما ذكرنا والاطلاق غير متجه فتدبر .

الفصل الثانى
فى
بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار

مادة « ٩٠٥ » المغصوب ان كان عقاراً يـلزم الغاصب رده ،، ، هذا الحكم لايختص بالعقار بل كل عين مغصوبة يلزم ردها وفي التعبير بنقصان القيمة تسامح بل الاولى ان يقال لونقصت القيمة لنقصان

العين أما نقصان القيمة السوقية مع بقاء العين على حالها فقد عرفت ان الاشهر بل لعل الاتفاق على عدم ضمانها .

مادة « ٩٠٦ » ان كان المغصوب ارضا واشاد الغاصب عليها بناء اوغرس اشجاراً ،،، هذه ايضاً عامة في كل مغصوب احدث الغاصب زيادة فيه و بالجملة فان العقار لايختلف عن غيره من الاعيان من حيث الحكم نعم يختلف عنها في بعض جهات الموضوع فان الارض مثلا لايمكن ان يعرضها التلف الحقيقي اصلا بل يعرضها التلف الحكمي كما لوغمرتها المياه اوانقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بهااوصارت سباخاً لاتصلح للزرع وامثال ذلك وهذا لايفرده عن غيره من الاعيان التالفة حكما بل الحكم في الجميع واحد وهو الرجوع عند التلف الحكمي الى المثل اوالقيمة والغالب فى الاراضي انها قيمية كالحيوان ،،، فالعقار كغيره يجري فيه الغصب وتلحقه أحكامه ولكن حكى بعض الشراح عن الشيخين واحسبه يعني ابا حنيفة وابا يوسف عدم جريان الغصب فيه وصار عندهم من القواعد المقررة ـ ان العقار لايغصب لانه لاينقل ولا يحول من مكانه فلا تزال اليد فيه كالاعيان التي توخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في العين اما العقارات فتوخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل فى الملك الى ان قال : لذلك اذا ابعد رجل اخر من داره اومنعه من دخولها وتلفت لايضمن وكأن (المجلة) جرت على ذلك بقولها : واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن قيمته ، فان التقييد بفعل الغاصب اشارة الى ان

الضمان ضمان اتلاف لاضمان يد وغصب فلو تلفت تلفا سماويا لم يضمن ولا اظن ان وهن هذا الكلام يخفى على ذي مسكة ، وليت شعري من الذى اشترط في حقيقة الغاصب النقل والتحويل وهل الغصب الا الاستيلاء كما قلنا او اخذ مال الغير وضبطه بدون اذنه كما ذكرته المجلة في صدر كتاب الغصب وأي اخذ اقوى من الاستيلاء على ارض الغير ومنع المالك من التصرف فيها ، وبالجملة فهذا القول اعني عدم ضمان العقار بالتلف ثقل لاعصارة له وشبح لاروح فيه وخالفهم في ذلك الشافعي والشيباني وصارا الى ماهو الحق عندنا من التحقيق والغريب ان القائلين بان العقار لايغصب اي لا يضمن استثنوا من ذلك موارد منها عقار الوقف وعقار اليتيم والعقار المستعد للاستغلال وكل هذه الامور المستثنى والمستثنى منه احكام كيفية ما انزل الله بها من سلطان ولا تستند الى دليل فان كان العقار لايتحقق فيه الغصب بطبيعته ولا يتعلق به ضمان اليد فما معنى استثناء هذه الامور ولماذا يجب الضمان فيها دون غيرها فانظر واعجب ، ، ثم انهم ذكروا في ثمرة الخلاف في الضمان وعدمه امرين زوائد المغصوب فانها مضمونة عند الشافعي وغير مضمونة عند الحنفي ، ، ومالو باع الغاصب الدار ثم اقر بانها غصب ولم يتمكن المغصوب منه المقر له من اقامة البينة على انها له لا يضمن الغاصب المقر شيئا ولا يؤخذ باقراره .

وهذا لو تم فليس هو من جهة ان العقار لايغصب ولكن من جهة ان الاقرار بعد البيع يشبه ان يكون اقراراً في حق الغير او في مال الغير

فيلغو ويحتاج الى البينة .

(اما قول المجلة) وان كان القلع مضراً ضرراً فاحشاً فللمغصوب منه ان يعطي قيمة مستحق القلع ويضبطه ، ففيه ان فاحش الضرر ليس له هنا اثر فان المغصوب منه يجوز له دفع قيمة الغرس او البناء سواء كان في قلعها ضرر ام لا وسواء كان الضرر فاحشا او غير فاحش ولكن برضا الغاصب فان تراضيا فهو والا فلا حق لاحدهما ان يجبر الآخر على أخذ القيمة عن ماله فتدبره ، وحيث اتضح ان سبب الضمان في الغصب هو قاعدة اليد وهي لا تناط بعلم ولا جهل وانما اثر العلم هو الحرمة التكليفية لاغير - اذاً فلا وجه لقول المجلة هنا : ولكن لو كانت - الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض الى الآخر . . . فان زعم السبب الشرعي وتخيل ان الأرض له او لمورثه لا يغير الحكم الواقعي ، ، والاحكام الوصفية ثابتة في عامة الاحوال فلو قطع انسان بان هذا الثوب ملكه فلبسه حتى ابلاه ثم ظهر أنه لغيره ضمنه كما لو كان عالما ولو بنى في عرصة الغير او غرس غرساً يلزم عليه قلعه وتسليم العرصة لصاحبها خالية كما كانت سواء كان الغرس ازيد من قيمة الارض او اقل الا ان يتراضيا اما التزام الباني غاصبا كان اومشتبها اي عالما كان او جاهلا لصاحب الارض باخذ القيمة فهو حكم جزافي ومخالف لعامة الاصول والقواعد ايضا ولا مجال هنا لقاعدة الضرر لانه هو الذي اضر نفسه ولو بجهله بل لو استوجب القلع نقصاً في قيمة الارض لزمه التدارك لصاحب الارض كما نبهت المجلة عليه في مادة (٩٠٧) لو غصب احد عرصة آخر ---

اما قولها وكذلك لو زرع احد مستقلا العرصة فحق التعبير لفظا ومعنى ان تقول لو زرع الشريك الارض المشتركة بدون اذن شريكه فالزرع للزارع ويضمن لشريكه اجرة الارض مع قيمة نقصانها لو نقصت ، ولا يختلف الحال بين كون الشريك حاضراً او غائبا وسواء اخذ حصته من الارض بالقسمة او بقيت مشاعة وجميع تلك القيود مستدركة - مادة (٩٠٨) اذا كرب احد ،،،

تقدم ان كل عمل يعمله الغاصب في العين المغصوبة فان نقصت به قيمة العين ضمن النقيصة والا فلا له ولا عليه سواء زادت القيمة ام لا مادة [٩٠٩] واضحة .

الفصل الثالث
فى
بيان حكم غاصب الغاصب

مادة (٩١٠) غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب .

هذا باب توارد الايادي على العين الواحدة ومن المتفق عليه كما لعله سبق ان المالك مخير في الرجوع على ايهم شاء ولكن لو رجع على من تلفت العين في يده لم يكن له رجوع على غيره ممن وقعت العين فى

يده اما لو رجع على غيره منهم كان له الرجوع على الذي تلفت عنده لان قرار الضمان عليه ، ومن احكام توارد الايادي انه ليس لمن اخذ العين من الغاصب ان يردها عليه ولو ردها عليه فعل حراما ولم يبرأ من الضمان بل للمالك ان يرجع عليه ويطالبه بها غايته ان له حق الرجوع على الغاصب الذي دفع له العين ولو تلفت كان للمالك الرجوع عليه وعلى غيره مخيراً بينهم وقرار الضمان على من كان التلف عنده ومن هنا ظهر عدم صحة مادة (٩١١) اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول يبرأ وحده واذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والاول .

فانه اذا ردها الى الغاصب الاول لا يبرأ هو ولا الغاصب الاول بل يلزمه ردها الى المالك او وكيله والا فالى حاكم الشرع بعد تعذر ذلك



الباب الثانى
فى
﴿ بيان الاتلاف ويحتوي على اربعة فصول ﴾

الفصل الاول
فى
﴿ مباشرة الاتلاف ﴾

مادة (٩١٢) اذا أتلف احد مال غيره الذي هو في يده او في يد امينه قصداً او من غير قصد يضمن .

عرفت فيما سبق ان اسباب الضمان اعني كون مال شخص فى عهدة آخر – كثيرة « اولها » واقواها وضع اليد على مال الغير اي الاستيلاء عليه بغير اذن الشارع ولا المالك والغصب احد فروع اليد (والثاني) من اسباب الضمان الاتلاف اي اتلاف شخص مال غيره بغير اذنه وهذا القيد كان يلزم على المجلة ذكره اما قيد (الذي في يده او في يد امينه) فهو مستدرك بل يلزم حذفه فان اتلاف مال الغير

سواء كان في يده اي يد الغير او في يد امينه او لم يكن في يد احدهما او لا يد عليه لاحد كالضايع او في يد الغاصب كل ذلك مضمون على المتلف الا اذا اتلف باذن المالك ومن هنا يتضح لك ان النسبة بين اليد الموجبة للضمان والاتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان في الغاصب اذا اتلف وتنفك اليد عن الاتلاف فى التلف السماوي وينفك عنها فيما لو اتلف مال الغير وهو فى يده او فى يد آخر غصبا او غير غصب فالمتلف ضامن وعليه قرار الضمان وان كان المال فى يد الغاصب .

ثم ان الاتلاف عند الفقهاء نوعان مباشرة وتسبيب فالاول كاكل الطعام والثاني كحفر البئر ولكن يظهر بأدنى تأمل ان جميع انواع الاتلاف تسبيب غايته ان السبب تارة قريب فيسمى مباشرة كالمثال الاول ، وبعيد فيسمى تسبيب كالثاني وعلى كل حال فالجميع موجب للضمان والملاك صحة اسناد الاتلاف اليه عرفا ولذا قالوا ان المباشر أقوى من السبب الا فى مواضع فان السبب يكون اقوى وذلك لضعف اسناد الفعل الى المباشر وقوة اسناده الى السبب فالامر يدور مدار صحة الاسناد وقوته ومن الاصول المقررة فى الاتلاف عدم الفرق بين القصد وعدم القصد والعلم والجهل والبلوغ وعدم البلوغ والعقل والجنون كما هو شان عامة الاحكام الوضعية كل ذلك لعموم الدليل وهو (من اتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعدة فقهية او حديثا نبويا نعم يعتبر عدم الاكراه فلو كان مكرها لم يكن

عليه ضمان بل الضمان على المكره بالكسر لأن السبب هنا اقوى من المباشر ومثله الصبي الغير المميز لو أمره الكبير فان الصغير حينئذ كالآلة لاضمان عليه والسبب اقوى وعليه الضمان ،،، ومما يتفرع على الضمان مع عدم القصد والعمد ماذكرته المجلة (٩١٣) اذا زلق احد وسقط على مال آخر واتلفه يضمن ومادة « ٩١٤ » اذااتلف مال غيره ،،، ومن قبيل العمد ـ مادة « ٩١٥ » اما قولها : ولو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها ضمن نصف القيمة .

يمكن منعه ضرورة ان السبب هنا اقوى من المباشر وفي الحقيقة ان تمام السبب هو التشبث ولولاه لما حصل الجر الموجب للشق وكذلك بل اوضح منه مالو جلس احد على أذيال ثياب ونهض صاحبها ،،، فان عدم علم صاحبها بجلوس الآخر يسقط نسبة الفعل اليه ويصحح نسبة الفعل تماما الى الجالس على الثياب اما الذي نهض وهو لايعلم فهوفي هذا المقام كالآلة الصماء وهو من اظهر فروع قاعدة السبب اقوى من المباشر فما وجه سقوط نصف القيمة عنه والتلف مستند اليه تماما .

مادة « ٩١٦ » اذا اتلف صبي مال غيره .

واضحة كوضوح مادة « ٩١٧ » لو اطرأ احد على مال غيره كالحانوت والخان .

مادة « ٩١٨ » اذا هدم احد عقار غيره بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك ، ،، يمكن الخدشة فيها فان ذلك الهدم ان كان بحيث يعد في نظر العرف تلفا واتلافا للحانوت او الخان فاللازم المثل

او القيمة وان كان نقصا تعين اخذ الارش ولا وجه للتخيير نعم لا اشكال في صحة قول المجلة : ولكن اذا نبأه الغاصب كالاول فيبرأ من الضمان .

مادة (٩١٩) لو هدم احد داراً بلا اذن لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولي الامر لا يلزم الضمان والا لزم الضمان ، هذا من موارد قاعدة وجوب دفع الاشد بالاخف التي مر ذكرها في القواعد العامة فى الجزء الاول فان هدم الدار التي نشأ فيها الحريق خوف السراية الى دور اخرى واجب كفائي على كل من شاهد النار وبالاخص على أهل الدار التي فيها الحريق فان لم يفعلوا فعلى الدور الاخرى واذا هدمها اولئك لدفع الضرر عنهم لانه ضرر اعظم من ضرر صاحب الدار - لاضمان عليهم لان اتلافها للدار كان باذن شرعي ، ويمكن المناقشة بأن القدر المتيقن انهم مأذونون بالهدم اما ان الاذن بغير ضمان فغير معلوم فلعله من قبيل اكل مال الغير عند المخمصة فان الجايع الذي يخاف على نفسه التلف مأذون بالاكل ولكن مع دفع القيمة الى المالك فلماذا لا يكون الحال هنا من هذا القبيل بل قاعدة احترام مال المسلم تقتضي ذلك اللهم الا ان يقال انه هنا هو في معرض التلف فلا حرمة له او ان المتلف هنا محسن (وما على المحسنين من سبيل) والمسألة محتاجة الى تأمل فليتأمل .

مادة « ٩٢٠ » لو قطع احد الاثمار التي في روضة غيره .

فيها من الكلام نظير مامر فى مادة « ٩٠٨ » ، مادة « ٩٢١ » واضحة

الفصل الثانى
في
بيان الاتلاف تسببا

مادة « ٩٢٢ » وهذا ايضا واضح وان نسب الى بعض فقهاء الجمهور انه لايضمن بمجرد فتح الباب الا اذا صاح بالدابة لتخرج او صفر للطائر كي يطير وهو متجه اذا كان من شأنها وعادتها ان لاتخرج الا بذلك وانها بفتح الباب لاتخرج واو اجتمع السببان يضمن باقواهما فلو فتح الباب رجل وحل قيد الدابة آخر فشردت يضمن فاتح الباب لأن بحل القيد مع بقاء الباب مغلقالا تستطيع الدابة الفرار كذا قيل وهذا يختلف ايضا فقد يتفق ان حل القيد اقوى فى تحقق فرارها كما لو كان طائرا وفتح القفص او كانت دابة قوية فتكسر الباب بعد حل القيد فليس هنا قاعدة كلية بل المرجع الى الخصوصيات المقامية بنظر العرف وحكم الحاكم .

مادة « ٩٢٣ » لو جفلت دابة احد .

قد يظن ان مستند هذا كون القصد والعمدية شرطا فى الضمان بالسبب فلو حصل التلف بغير قصد من المسبب لم يلزم الضمان فلو جفلت الدابة بمرور شخص من غير قصد لم يضمن ولو قصد بمروره ان تجفل

او صاح بها فاجفلها ضمن ، وهذا اعني اعتبار القصد غير مطرد ففي كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب وان لم يكن هناك قصد كما في مادة (٩٢٤) يشترط التعدي في كون التسبب موجبا للضمان على ماذكر آنفاً يعنى ضمان المسبب في الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لوحفر احد في الطريق العام بئراً بلااذن اولي الأمر وسقطت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن واما لو سقطت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت لايضمن .

فان وقوع الدابة لم يكن مقصود الحافر في الصورة الاولى قطعاًومع ذلك يحكمون بضمانه واوضح منه ماسيأتي في مادة (٩٢٦) من وقوع الحمل من ظهر الحمال على مال الغير فيتلفه فقد حكمت المجلة بالضمان وهو غير قاصد قطعا وغير مباشر ضرورة فالمدار ماذكرناه من مراجعة الحاكم في القضايا الشخصية فيرجع فيها الى العرف والذوق والوجدان ويستنبط حكمها من الأدلة وهذه الموارد من الامور الصعبة جداً ومن مزالق الافهام لاالأقدام ، ومن هنا صار منصب القضاء والحكم من اهم المناصب والقاضي على شفا — اما الى جنة اما الى نار ، ومن قضى فقد ذبح بغير سكين - بالبناء للفاعل اوالمفعول - نسأله تعالى السدادوان يمدنا بلطف منه وتوفيق ، ، نعم لااشكال في ان العمل الذي يترتب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعاً ولا تعدي فيه ولم يقصد به الاتلاف لايكون موجبا للضمان فلو هدم انسان جدار داره فانهدم جدار الجار لايضمن لانه فعل مشروع لم يقصد به الاتلاف ، وكذا اذا اوقد شخص في سطح داره

ناراً ولكن بقدر المعتاد فاتفق ان اطارت الريح شرارة الى الجار فاحرقت شيئاً منه لا يضمن نعم لو كان زائداً على المتعارف فهو ضامن وان لم يقصده وهذا مما يدل على عدم اعتبار القصد في الضمان وبهذا الملاك قضية ضمان الحمال فانه فعل مشروع ولم يقصد به الاتلاف قطعاً ومع ذلك فقد حكموا عليه بالضمان كما سيأتي .

مادة « ٩٢٥ » لو فعل احد فعلا يكون سببا ، ،

وهذا واضح فان الأصل في المباشر ان يكون اقوى من السبب واليه يسند الفعل وعليه يكون الضمان ولذا لو امر انسان غيره بقتل شخص فقتله فالدية اوالقصاص على القاتل لا على الآمر وان كان لم يقتله الا امتثالا لذلك الآمر ، نعم يتفق كثيراً ان كون السبب اقوى من المباشر ولكن الأصل والاكثر هو العكس .

الفصل الثالث

﴿ فيما يحدث في الطريق العام ﴾

الطريق العام هو الجادة التي يسلكها الناس جميعاً من غير اختصاص سواء كانت في الصحاري والمفاوز اوفي المدن والقرى اوفي الغياض والغابات اوفي الجبال والمغارات فتخصيص بعضهم لها بطرق المدن

والقرى لا وجه له .

مادة « ٩٢٦ » لكل احـد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامة يعني مقيـد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها ، بناءً عليه اذا سقط الذي على الحمال واتلف مال احد يكون ضامنا وكذا اذا احرقت ثياب احد مار في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحـداد حين ضربه يضمن الحداد ثياب المار ، في هـذه المادة مواقع للبحث والنظر اما « اولاً » فان حرمة اضرار الغير بالحالات التي يمكن التحرز منها حكم عام في الطريق العام وفي غيره فلا محل لاقحامه هنا « وثانياً » على فرض اختصاصه هنا فهو حكم تكليفي محض لا اثر له في الضمان وعدمه كما لا اثر له في حق المرور وعدمه يعني ليس حق المرور مشروطا بالسلامـة بحيث لو اضر لم يكن له حق المرور بل حق المرور ثابت لكل احد على كل حال ولكن يحرم عليه ان يضر غيره واما « ثالثاً » وهو اشدها نقدا ، واسدها ردا ، عدم صحة التفريع المزبور بمعنى ان حرمة الأضرار للغير لا يتفرع عليه قضية ضمان الحمال فان ضمانه يتفرع ويبتنى على كونه مبـاشراً للتلف اومسبباً لا ان مروره مشروط بالسلامة وعدمها ، واما « رابعاً » فقد عرفت ان هذا يوشك أن يكون تهافتاً في احكام المجلة فقد مر في مادة « ٩٢٣ » ما يدل على اعتبار القصد والعمد في ضمان التسبيب حتى صرح بعض بان المسبب لا يضمن الا اذا كان متعمداً وحينئذ فأي وجه لضمان الحمال هنا مع وضوح كونه غير متعمد ولا قاصد كما سبق بيانه و كذا اذا احرقت شرارة دكان الحداد فان اللازم عدم ضمانه بل عدم الضمان هنا اوضح فان الحداد جالس

فى دكانه وفي ملكه ومشغول بعنته وطيران الشرر من لوازم صنعته فالواجب على المار ان يتحرز لا على الحداد ان يكتنز .

مادة « ٩٢٧ » فذلكة التحقيق فى هذا المقام ان ظاهر الفقهاء ولعله من الفريقين كما تشعر به هذه المادة بنا وّهم ان التصرف المشروع اما لكونه تصرفا فى ملكه اولأنه ماذون من الشارع او المالك اذا اوجب ضررا فاتلف مال غيره لايكون ضامنا ولذا جعلوا البيع والشراء اووضع شيء باذن ولي الأمر فى الطريق العام اذا اوجب الضرر والخسار لايضمن وبدون الاذن يضمن ،، وقد مرت الاشارة اوالتصريح منا بان ملاك الضمان وعدمه ليس مشروعية التصرف وعدمها وانما المدار فيه على صحة اسناد الضرر والتلف اليه مباشرة اوتسبيبا اوعدمه الا ترى ان من اجج فى سطح داره ناراً فان كان بمقدار الحاجة وعلى المتعارف كما هم ذكروا لم يضمن اذا احرقت شيئا فى دار جاره وان كان زائدا على المتعارف كان ضامنا مع ان كلا منهما جائز شرعاً لصاحب الدار والناس مسلطون على اموالهم ولكن وجه الفرق بينهما انه فى الأول لايعد عند العرف متلفاً اى لايسند التلف اليه مباشرة ولا تسبيباً بخلاف الثاني فانه يعد لتجاوزه عن قدر الحاجة هو المسبب للتلف وان لم يكن قاصدا ولك ان تناقش فى ذلك فتقول بعدم الفرق بينهما ونحكم بالضمان فيهما اوعدم الضمان ولكن لو قلنا بالفرق فليس هو الا ماذكرناه لاقضية الجواز وعدمه فتدبره فى الأمثلة والنظائر جيداً فانه باب واسع كثير الفروع

اما ماذكرته المجلة بقولها : بناء علية لو وضع احد فى الطريق

العام حجارة .

فهي مسئلة اخرى يتعرض لها فقهاؤنا فى باب المشتركات العامة من كتاب « احياء الموات » وهي جواز وضع شيء فى الطرق العامة والموضوع نوعان نوع ثابت كالاجنحة والرواشن والنوافذ والابواب ونحوها وقد اجازه ارباب المذاهب واصحابنا بجميع انواعه حتى الرواشن المستوعبة عرض الطريق المسماة باللغة الدارجة « سوابيط » وليس للطرف المقابل المنع ولكن الجميع مشروط بعدم الاضرار اوالمزاحمة للمارة فكانه عندهم على الاباحة الاصلية فأجازوا كل تصرف لايضر بالمرور والاستطراق الذى هو حق الجميع ، هذا فى الطرق النافذة أما المرفوعة فلها احكام اخرى مذكورة فى محلها واما غير الثابتة بجميع انواعها ايضا من حجارة اوتراب اوغيره فقد اجازوه ايضا بذلك الشرط على تفاصيل مذكورة فى محلها ايضا وعلى الجواز فاللازم بناء على ان التصرف الجائز لايوجب الضمان عدم الضمان هنا ودعوى انه مشروط بعدم الاضرار بالمارة مدفوعة بان المراد بعدم الاضرار نوعا لااتفاقاً فليتدبر ، وبان الاضرار كما عرفت حرام تكليفي وحكم مستقل بنفسه لادخل له بجواز التصرف وعدمه فان كل انسان له حق المرور فى الطرق العامة ويجب عليه ان لايضر الناس فى الطرق وفى غيرها .

« والخلاصة » ان مشروعية التصرف لاترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرف اذا استند الضرر اليه عرفا ضرورة ان الاذن بالتصرف ليس معناه الاذن بالاضرار نعم ان لم يسند الضرر اليه فلا ضمان وعلى هذا

يبتني ماذكرته « المجلة » .

في مادة (٩٢٨) لوسقط حائطواورث غيره ضرراً لايلزم الضمان ولكن مائلا الى الانهدام الى آخرها ،،،، فان وجه الضمان في الاول دون الثاني هو صحة اسناد الضرر اليه من جهة تماهله بعد التنبيه وعدم صحة الاسناد اليه مع الغفلة وعدم التنبيه فليتدبر .

ويكفي في التنبيه والتقدم حصوله من كل أحد سواء من الجار الذي خشي الضرر اومن غيره ولا وجه لقول « المجلة » ولكن يشترط ان المنبه من اصحاب التقدم والتنبيه فان المدار ان يحصل له العلم والانذار كى تنقطع الحجة والمعذرة بالجهل وهو واضح .

الفصل الرابع
في
جناية الحيوان

من المعلوم ان الحيوان من حيث ذاته لاضمان عليه ولا يتعلق به اي حكم من الأحكام فان كان هناك ضمان او حكم فعلى الانسان الذى يناط به الحيوان باحد الملابسات بان يكون مالكا له اوقائداً اوسائقاً اوراكبا

وان لم يكن مالكا وكل ذلك مبنى على الاصل الذى ذكرناه من قضية صحة النسبة والاسناد كما اشارت اليه المجلة .

مادة « ٩٢٩ » الضرر الذى احدثه الحيوان بنفسه لايضمنه صاحبه ،، ولعل اليه نظر النبوى المشهور « جرح العجماء جبار » فالحيوان اذا كان صاحبه معه واحدث ضرراً كان صاحبه ضامنا ونعنى بالصاحب الاعم من مالكه اومستأجره اومستعيره اوغير ذلك بل وحتى غاصبه فان صاحبه اذا كان معه واهمل زعامته ولم يكبح جماحه استند الضرر اليه فلزمه الضمان كما نصت عليه « المجلة » بقولها ولو استهلك حيوان مال احد الى الآخر .

وكأن المراد باستهلاك الدابة مالو اكلت طعام الغير ونحو ذلك وهذا احد مصاديق الكلي ولا خصوصية له فلو اضرت بمال الغير ولم يمنعها صاحبها وهو معها ضمن سواء استهلكت المال املا وينبغي ان يحمل مادة (٩٣٠) لايضمن صاحب الدابة التي اضرت بيديها اوذيلها او رجلها حال كونها في ملكه راكبا كان اولم يكن .

على ما اذا لم يكن عالما اولم يكن قادراً والا فلا وجه له لما في مادة « ٩٣١ » اذا ادخل احد دابته في ملك غيره باذنه لايضمن جنايتها لما عرفت قريبا من ان الاذن بالتصرف ليس اذنا بالضرر فاذا دخل بدابته واضرت بصاحب الدار واستند الضرر الى اهماله ضمن سواء دخل باذن ام بغير اذن بل لو كانت الدابة فى ملكه واضرت بالغير من جهة اهماله ضمن بل وكذا لو انفلتت دابته واضرت فان كان باهماله

وتقصيره ضمن وان لم يكن انفلاتها بتقصيره فلا ضمان هكذا ينبغي بل يجب تحقيق المسائل وتحليلها ومن هذا ينكشف ايضاً .

مادة « ٩٣٢ » لكل احد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه ،، فان كل احد وان كان له حق المرور ولكن ليس حق الاضرار والخسار فيجب عليه التحرز حسب الامكان بان لا يسوقها بعنف يوجب انتشار الطين والغبار ، فان تسامح في ذلك فلوثت ثياب العابرين كان ضامناً كما يضمن الضرر والخسار الذي يقع من مصادمتها اولطمة يدها في جميع الصور المذكورة اولا واخراً لا فرق بين بعض وبعض فتدبره جيدا ، نعم ماهو خارج عن قدرته اوعن علمه يعذر فيه .

مادة « ٩٣٣ » بل هما اقدر على التحفظ من الراكب فهما اولى من الراكب بالضمان لو تسامحا في التحرز

مادة « ٩٣٤ » ليس لاحد حق توقيف دابة اوربطها في الطريق العام .

هذا على اطلاقه ممنوع بل له ان يوقفها اوربطها اذا كان الطريق واسعاً كما في شوارع اكثر المدن في هذه الاعصار « وبالجملة » انما لا يجوز له ان يوقفها اوربطها في الطريق اذا كان فيه مزاحمة للعابرين اما اذا امن من المزاحمة فلا مانع شرعاً بل وعرفاً فلو تعرضها احد واخذته واتلفت عليه شيئاً فلا ضمان على صاحبها لانه هو الجاني على نفسه .

مادة « ٩٣٥ » من سيب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذى احدثته .

ووجهه واضح لانه يكون هو السبب بتفريطه فى حفظها ، ولا يبعد ان يلحق به من سيب ولده او عبده ولا سيما اذا كانا مجنونين اوضعيفي العقل لايؤمن شرهما ، وبهذا الملاك يضمن الراكب كما فى مادة (٩٣٦) لو داس الحيوان الذى كان راكبه احد على شيء بيده او رجله الى آخرها .

ومادة « ٩٣٧ » لو كانت الدابة جموحا ولم يقدر الراكب على ضبطها واضرت لايلزم الضمان ، اذا كان الامر فى مثلهن خارج عن قدرته واختياره اما مع استطاعة حبسها واهماله فهو ضامن .

مادة « ٩٣٨ » وهي واضحة كوضوح ما بعدها .



بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب التاسع
فى
﴿ الحجر والإكراه والشفعة ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ﴾

المقدمة
في
الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر

الحجر لغة المنع وبهذا الاعتبار اطلق على العقل فى قوله تعالى (هل فى ذلك قسم لذي حجر) وامثالها لانه يعقل ويمنع عن ارتكاب الرذيلة وشرعا هو منع الانسان عن التصرف لوصف فيه فيما له التصرف فيه لولا ذلك الوصف وذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم ان اسبابه « ستة » الصغر والجنون والسفه والرق ومرض الموت والفلس وذكروا لكل منها حدوداً وقيودا واحكاما والمجلة ارادت ذلك المعنى فى تعريفه وقصرت عبارتها عنه فى مادة (٩٤١) الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي،، ومن الواضح ان المحجور ممنوع عن التصرف القولي والفعلي معاً

فكما لايجوز صيغة البيع منه ولا اثر لها كذلك لايجوز ان يدفع المبيع اوان يعطي شيئا من امواله معاوضة او مجانا فالتقييد بالتصرف القولي لاوجه له كالافائدة لقولها ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور ، ومثلها مادة « ٩٤٣ » الاذن هو فك الحجر واسقاط المنع .

ثم شرعت المجلة في تعريف بعض اسباب الحجر كالصغير والمجنون والسفيه ولو انها اوكلت تعيين مصاديق هذه المفاهيم الى العرف لكان اصح وأوضح ، اما تعريف الاكراه فى مادة « ٩٤٨ » الاكراه هو اجبار احد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاخافة ،، فقيد بغير حق مستدرك اذ الاكراه معنى وحداني وهو حمل الغير على عمل بغير رضاه سواء كان بحق او بغير حق وحق التعبير ان يقال : ويقال لمن اجبر مكره والمجنون مكره بفتح الراء وكذلك العمل مكره عليه لينتظم النسق وتنسجم الفقرات .

وفي مادة (٩٤٩) الاكراه على قسمين (القسم الأول) هوالاكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديدالمؤدي الى اتلاف النفس (والثاني) غير الملجئ الذي يوجب الغم والالم فقط بالضرب والحبس ،،، خلل واضطراب ابعده عن الصواب فان الاكراه الملجئ هوالحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل كما لو اوجر الماء في حلق الصائم او اركب انسان غيره بان رفعه فوضعه على الدابة وهكذا والقسم الثاني هو الذي يصدر الفعل بارادة الفاعل ولكن انبعاث الارادة والقصد وقعا دفعاً للضرر وخوفا من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أوغيره باتلاف نفس اوقطع

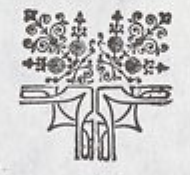
عضوا واخذ مال اوهتك عرض اوحبس ونحو ذلك ، ومما يوجب الغم والألم هنا ذكر الغم والألم الذي لا ربط لهما بالمقام اصلا فتدبره عافاك الله فالملجى يسلب الارادة والرضى وغير الملجى يسلب الرضى وطيب النفس دون الارادة ولكن الظاهر تساويهما في اغلب الاحكام وقد يختلف نادراً ففي مثل الصوم لو اوجر في حلقه لاقضاء عليه ولا كفارة ولكن لو اكره بالاكراه الغير الملجى كان عليه القضاء دون الكفارة اما في مثل الطلاق والبيع وسائر المعاملات فالظاهر عدم الصحة بالاكراه مطلقا ، هكذا ينبغي تحقيق البحث ومثل هذا في الضعف والخور والوهن والخلل .

مادة « ٩٥٠ » الشفعة هي تملك الملك للمشتري بمقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري .

ولا حاجة لهذا التعقيب فان اصح تعريف للشفعة ان يقال انها حق اخذ الشقص المبيع من المشتري بالثمن الذي اشتراه به والفرق بين التعريفين مثل الصبح واضح - فان التملك اثر ذلك الحق لانفسه والشريك له حق الشفعة وان لم يتملك فتدبره ، ثم ان درج الشفعة في مدرج الحجر والاكراه موضع لسؤال المناسبة لوضوح التباين بينهما وبينهما فان الشفعة حق والحجر والاكراه منع من التصرف في الحقوق ولعل المناسبة هي ان الشفيع ياخذ الشقص من المشتري كرها رضي ام ابى فناسب بهذا باب الاكراه والحجر والا فالشفعة حقيقة من شراشر البيع وشئونه ولذا لاتجري في غير البيع من عقود المعاوضات وغيرها كالصلح

وغيره كما سيأتي .

ثم ان من مادة (٩٥١) ـ الى مادة (٩٥٥) ـ ومادة (٩٥٦) « كلها واضحة غنية عن البيان » اما الشرب الخاص فقد عرفه هنا بانه حق شرب ماء الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة ،، وعرفه في اخريات الكتاب بانه هو الانهر التي تتفرق مياهها وتقسم بين الشركاء وفي كلا التعريفين نقص ظاهر والاصح فى تعريفه انه الماء المملوك لشخص او اشخاص مخصوصين فى مقابل الشرب العام وهو المباح لعامة الناس الذي لا يملكه احد بعينه .



الباب الاول

مادة ﴿ ٩٥٧ ﴾ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون .

الحجر نوعان نوع ذاتي يعني بحسب اصل الشرع وجعل الشارع بلا واسطة ، ونوع عرضي لا يتحقق الا بواسطة حكم الحاكم وهؤلاء الثلاثة محجور عليهم بالحجر الذاتي لنقصهم الذاتي واي نقص اعظم من نقص العقل عافاك الله « ومن النوع الثاني » السفيه كما في مادة (٩٥٨) للحاكم ان يحجر على السفيه و منه ايضا المفلس كما في مادة (٩٥٩) للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء وسيأتي تفاصيل كل من النوعين اما ـ مادة (٩٦٠) المحجورون الذين ذكروا في المـواد السابقة ولم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون الى الآخر ،،،

فهو حكم عام لكل محجور عليه لان الضمان حكم وضعي لا تكليفي حتى يختص بالبالغ العاقل بل كل من اتلف مال غيره فهو له ضامن حتى الصبي الغير المميز غايته ان المخاطب يدفع الغرامة وليه فيغرم من مال الصبي ان كان له مال والا فلا غرامة وسقط الحق لعدم موضوعه .

مادة ﴿ ٩٦١ ﴾ اذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس ، الاعلان عن الحجر عليه كي لا يعامله الناس لو احتاج الى الحكم حسن او لازم ولكن بيان السبب غير لازم بل

غير حسن ايضا ، مادة « ٩٦٢ » لايشترط حضور من اريد حجره من طرف الحاكم ويصح حجره غيابا ، ، لعل هذا عند ارباب المـذاهب اما عندنا فلا يتوقف اصلا على حكم الحاكم بل كل شخص يعرف السفيه من غيره واذا عرفه يلزمه ان لايعامله ولو عامله كانت معاملته باطلة سواء كان قد حكم الحاكم ام لا بل لاحاجة الى حكمه اصلا وانما يلزم الحكم في خصوص المفلس كما سيأتي توضيح هـذه المباحث وتحريرها

مادة « ٩٦٣ » لايحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه مالم يبذر ، ،

قد يبلغ الفسق الى السفه بل الى اعلى مراتب السفه فان شارب الخمر فاسق وسفيه واما اذا كان مدمنا فهو مجنون بل في اعلى مراتب السفه والجنون ومن الجدير ان لا يعامل شارب الخمر ولا يصاهر كما في كثير من الاخبار النبوية وهكذا كثير من الكبائر مثل الربا والقمار والزنا واخويه عافاك الله ايها المسلم من هـذه الخبائث التي هي سوس الهيئة الاجتماعية التي تنخر في عظامها حتى تبلى وتتلاشى والله ولي العصمة والتوفيق .

اما مادة (٩٦٤) يحجر على بعض الاشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل ـ ومادة « ٩٦٥ » فكلاهما خارجان عن الحجر الشرعي الاصطلاحي بل هما من الحجر اللغوي اوالسياسي .

الفصل الثانى
فى
المسائل المتعلقة بالصغير والمجنون والمعتوه

مادة ٩٦٦ لاتصح تصرفات الصغير غير المميز القولية ،،

عبارات الصبي الغير المميز كالمجنون لااثر لها اصلا لانه لايعرف قصد الانشاء بها بخلاف الصبي المميز الذي يتمكن من قصد الانشاء ولا اعرف للتقييد بالقولية وجها مع ان جميع تصرفات الغير المميز لا اثر لها .

مادة ٩٦٧ يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة :

هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل وعرفا اما شرعا فمقتضى الاحاديث الكثيرة المشتملة على مثل قوله عليه السلام رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق، عدم اعتبار جميع تصرفاته له ام عليه ام لا له ولا عليه الا ماورد به الدليل الخاص مثل وصية من بلغ عشراً اذا كانت بالمعروف او مطلقا ولكن يمكن تخريج وجه لما ذكرته المجلة من مجموع الادلة الشرعية والاعتبارات العقلية ولكن الاحسن والاحوط اعتبار اجازة الولي ولا شك ان الولي يجيز مافيه المصلحة للصغير وهو اعرف بالنافع له من الضار نعم وكل ماجاز للولي ان يتصرف فيه من اموال الصغير جاز له ان يأذن للصغير بمباشرته اما

لو باع الصغير ثم اجاز نفسه بعد بلوغه فصحته غير معلومة الا على وجه بعيد في باب الفضولي : وعلى تلك القاعدة يبنى .

مادة ﴿ ٩٦٨ ﴾ للولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً .

ومستنده قوله تعالى ﴿ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ﴾ . فان التعبير بآنستم اشارة الى كفاية العلامات والامارات في الحكم بالرشد ولذا يجب ان يمتحن الصغير متى تظهر عليه امارات الرشد فتدفع اليه امواله وبالضرورة ان معاملاته بعد بلوغه في خلال امتحان رشده تكون مراعاة بالمصلحة فما كان منها على منهاج العقلاء واهل السداد تكون ماضية صحيحة ومالم يكن منها على ذاك المنهاج تكون باطلة ولا يجدي اجازة الولي فى صحتها وتلخص من كل ماذكر ان اعمال الصبي الغير المميز قولا وفعلا لغو صرف مع الاجازة والاذن وبدونهما اما المميز قبل البلوغ فاعماله كذلك قولا وفعلا مع الاذن او الاجازة نافذة ماضية مطلقا مالم يتبين الضرر فيها على الصبي اما بعد البلوغ قبل تبين الرشد فالصحيح منها ماثبتت فيه المصلحة وموافقة العرف والعادة وما لم يتبين فيه باطل حتى مع الاذن والاجازة فافهم ذلك واعرف وجهه بالتأمل .

مادة ﴿ ٩٦٩ ﴾ العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح وهي اذن بالأخذ والاعطاء مثلا الى آخرها ، صحة تصرف الصبي المميز الموقوفة على اذن الولي تتبع مقدار الاذن عموما وخصوصا فقوله بع واشتر اذن عام فى انواع البيع والشراء وامره باجراء عقد واحد اذن خاص ، ولا نعرف فرقا ذا اثر عملي بين الاذن وبين التوكيل

والاستخدام : وهل التوكيل والاستخدام الانحو من الاذن وكذلك الامر بالبيع والشراء او غيرهما ايضا ليست حقيقة الا الاذن ، العبارات شتى والطرق كثيرة والغاية والحقيقة واحدة ومن هنا تعرف الوهن في مادة ﴿ ٩٧٠ ﴾ لايتقيد ولا يتخصص .

لا نعرف وجها لعدم صلاحية اذن الولي للتقييد او التخصيص بمكان او زمان وسيما بعد ان عرفت ان الوكالة والاذن وان اختلفا مفهوما ولكنهما متحدان اثراً وحكما وكل وكالة اذن ولا عكس ولا ريب بالاتفاق ان الوكالة تصلح لكل قيد فالاذن كذلك لان حكم الامثال واحد ولا نص في البين يجوز في هذا ويمنع في ذاك .

نعم قد يعلل ذلك بان الاذن اسقاط والاسقاط لا يصلح للتقييد وهو وهم في وهم وسبك خطأ في خطأ فلا الاذن اسقاط ولا الاسقاط لايقبل التخصيص بل يقبله (بيان ذلك) ان الولاية نوعان نوع قهري اجباري ، وآخر اختياري جعلي ، فالاول كولاية الاب والجد والحاكم الشرعي فانها لا تقبل الاسقاط والثاني كولاية منصوب الحاكم الشرعي فان له ان يسقط ولاية نفسه ويستقيل بخلاف الأول فانه لو اسقط ولايته لا تسقط مضافا الى ان الاذن ليس اسقاطا للولاية اذ ليس اذن الاب او الجد للصبي المميز بان يبيع او يشتري اسقاط لولايتهما بل هو عين اعمال الولاية ، واعطاء الرخصة كاعطاء المالك الرخصة لآخر في التصرف بماله فليس معنى ذلك انه اسقط ملكيته وولايته على ماله باعطاء الرخصة في التصرف لغيره فكذلك اعطاء الولي الرخصة ليس معناه اسقاط الولاية

هذا [اولاً] : وأما [ثانياً] فلو سلمنا فرضاً ان الولاية اسقاط ولكن لامانع من تقييد الاسقاط بزمان او مكان فان للدائن ان يطالب مدينه بحقه فى كل مكان وكل زمان اما لو قال له اسقطت عنك حق المطالبة يوم الجمعة او فى شهر رمضان او فى مكة المشرفة او المدينة المنورة لزم ذلك ولم يكن له حق المطالبة فى تلك الازمنة او الأمكنة وهو تقييد مفيد فلا يكون لغواً فتدبره جيداً واعرفه اصلحك الله .

مادة ❋ ٩٧١ ❋ كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة فلو رأى الولي ، الصغير يبيع ويشتري ولم يمنعه وسكت يكون قد اذنه دلالة تقدم غير مرة ان السكوت بذاته لايدل على شيء ولا اثر له وانما المدار على القرائن التي تقترن به ، وكان هذا غنياً عن البيان لوضوحه وتقدمه كوضوح مادة « ٩٧٢ » للولي ان يحجر على الصغير بعد ماذنه ، ، الاعلام والتعميم وسيلة ولا يتوقف عليها الحكم وهو امر استحساني لاضروري فلو اذن له ثم منعه بعد ذلك صحت معاملاته الواقعة بعد الاذن وبطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولي بذلك واعلم ام لا فتدبره .

وحيث ان المهم في باب الحجر الذاتي تعين الاولياء ، تعرضت المجلة لبيانهم في مادة « ٩٧٤ » ولي الصغير في هذا الباب اولاً ابوه ثانياً الوصي الى الآخر ، ، وهذا كله مع انه تطويل بلا فائدة غير واف بجميع انواع الاولياء والضابطة الجامعة مع اختصارها هي ان اولياء الصبي ابوه وجده في رتبة واحدة ومن سبق تصرفه كان هو النافذ وبطل

الثاني ولو اقترنا مع التنافي بطلا ومن بعدهما منصوبهما اومنصوب احدهما ولا ولاية لاحد غير هؤلاء من قريب او بعيد الا الحاكم الشرعي او منصوبه مع فقد اولئك او عدم اهليتهم بقصور او خيانة ولعل الى هذا اشارت مادة « ٩٧٥ » للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي ،،، وقد يؤدي هذا الى الخلاف بين الولي والحاكم فالولي يمنع لانه لا يرى المصلحة والحاكم يأذن لانه يراه صالحاً فيكون المتبع رأي الحاكم على تأمل وان جزم به اصحاب المجلة .

مادة (٩٧٦) اذا توفي الولي الذي جعل الصبي ماذونا فيبطل اذنه فان الاذن والاباحة يبطلان بموت الآذن والمبيح كما تبطل الوكالة بموت الموكل لأن الجميع اذن ومن خصوصيات الاذن اللازمة له لذاته زواله بزوال الآذن حاكماً كان او غيره فالتفكيك بين الحاكم وغيره كما في المجلة لاوجه له اصلا نعم لو نصب الحاكم وليا على قصير او جعل متوليا على وقف ومات الحاكم فان الولاية لاتبطل بموته والفرق بين الاذن والولاية ظاهر بادنى تأمل ،،، ثم انك عرفت من فحاوى كلماتنا المتتابعة في هذا المجال ان اصل الولاية على الصغير انما هي لابيه وجده وبعد فقدهما او عدم اهليتهما تعود للحاكم وعليه فلو اذن الحاكم للصغير مع وجود ابيه او جده ووجود المسوغ الشرعي لهذا الاذن ثم مات الحاكم فلا ريب ان الولاية للاب والجد على حالها لا تزول ولم تزل انما عطلها في المورد الخاص معارضة الحاكم وقد زالت بموته فتعود ولايتهما كما كانت على القاعدة المعروفة اذا زال المانع عاد الممنوع وعليه فلا وجه لما في

مادة (٩٧٧) للحاكم ان يحجر الصغير الذي اذنه وليس لابيه الى الآخر .

مادة (٩٧٨) المعتوه في حكم الصبي المميز .

بل الاكثر في المعتوهين انهم كالصبي الغير المميز وليس لهذا ضابطة كلية والمعتوهون مختلفون وارجاع التمييز الى العرف اوالى حاكم الشرع اولى نعم لااشكال بأن المجنون المطبق بحكم غير المميز كما في مادة (٩٧٩) كما لا اشكال فى مادة « ٩٨٠ » — اما مادة « ٩٨١ » فقد تقدم في مادة « ٩٦٨ » مايغني عنها وعن مادة [٩٨٢] اذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع اليه امواله مالم يتحقق رشده .

ولازم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال فى يد الصبي الذي لم يبلغ الرشد كما في مادة « ٩٨٣ » — ومادة « ٩٨٤ » وحق المادتين ان يجمعا فى مادة واحدة فيقال : ولي الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده او قبل بلوغه فان كان المال موجودا انتزعه منه للحجر عليه وان كان تالفا كان ضامنا وحيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ والرشد فى زوال الحجر عن الصبي والرشد يعرف بالاختبار والامتحان فى معاملاته كما مر (اما البلوغ) فيعرف بعلامات ، بعضها طبيعية ذاتية وبعضها جعلية شرعية اما الطبيعية فهي الاحتلام فى الذكر بل والانثى ان تحقق فهو علامة لها ايضا وكذا الانبات اي نبات الشعر على العانة ولم تذكره المجلة ، والحيض فى الاناث والحبل وهي علامة مسبوقة غالبا بالحيض كما ان الحيض مسبوق بالانبات غالبا ، واما الشرعية فهي

اكمال الخمسة عشر في الذكور ، والتسع في الاناث وكلها علامات لشيء واحد وهو النضج والكمال وبلوغ حد الرجولية التي اثرها التوالد والتناسل وصلاحية الرجل فعلا للاحبال والانثى ان تحبـل وتلك كواشف عن تلك الحقيقة والرتبة ولكن لو كمل الذكر خمسة عشر حكم عليه بالبلوغ شرعا بلغ تلك المرتبة ام لا وكذا الانثى بالتسع نعم لو علم بلوغ مرتبة الرجولية في من بلغ سنه الاثنى عشر او اقل او اكثر دون الخمسة عشر يحكم عليه بالبلوغ ويترتب عليه آثار البالغ اذاً فهي علامة حيث لا علامة قبلها اما مع العلم والظن المعتبر فله حكمه ومع الشك فالخمسة عشر والتسع والى هذا اشارت مادة « ٩٨٥ » ومادة « ٩٨٦ » ولكن مما ذكرنا يظهر لك انه لامحصل لقوله في هذه المادة واذا كمل الرجل اثنى عشرة ولم يبلغ الخ .

فان بلوغ التسع واكمالها هوالبلوغ شرعا فاي معنى لقولهم اكملت تسعاً ولم تبلغ نعم المراهق هو المقارب لسن البلوغ كالثمان للصبيـة والاثنى عشر للصبي او اول الخمسة عشر .

مادة (٩٨٧) من ادرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكماً ،،، هذا هو البلوغ الشرعي وهوالبلوغ بالسن المخصوص تعبداً ويجري عليه احكام البالغ .

مادة « ٩٨٨ » الصبي الذي لم يدرك سن البلوغ اذا ادعاه لاتقبل دعواه ،،، اعترافات الصبي الذي لم يثبت بلوغه كلها لاغيـة وهذا منها فالدعوى لاتثبت نفسها بل تثبت بامارتها .

مادة (٩٨٩) اذا أقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فان كذبه ظاهر الحال الخ .

قد عرفت ان دعوى البلوغ لاتثبت بمجرد الاعتراف بل لابد من اعتبار الامارات وبمجرد ادعائه انه بالغ لايترتب عليه اثر له اوعليه فان حصلت احدى الامارات المتقدمة الشرعية او الطبيعية فالعمل عليها اقر اوانكر وان لم تحصل هي ولا حصل العلم من امارات اخرى بل حصل الظن او الشك فلا عبرة بهما بل المرجع الى استصحاب عدم البلوغ واقراره مع الشك لا اثر له اصلا مراهقا كان او غير مراهق والخلاصة ان القرائن ان كانت منصوصة او مخصوصة وهي ماذكرناه فالعمل عليها حتى مع الشك يتعين وان لم يكن فلا عبرة بها ولوافادت الظن بل المعول على الاستصحاب فتدبره ، ولله المنة .

الفصل الثالث

فى

السفيه والمحجور

مادة « ٩٩٠ » السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز الى الآخر .

هذا هو القسم الرابع من اقسام المحجور عليهم ويقع الكلام فى

تشخيص موضوعه (اولاً) ثم بيان احكامه (ثانياً) « اما الأول »
فان السفه ضد الرشد والسفيه يقابل الرشيد وحيث ان الرشد هوملكة
نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه المطابقة لافعال
العقلاء فالسفيه بخلافه - مثلا من يبيع ماله باقل من ثمن المثل ويشتري
باكثر من ثمن المثل فهو سفيه ومن انفق اكثر امواله في الخمر غالباً
والملاهي اوشطراً من امواله فيها فهو سفيه ومن يبيع مايحتاجه فيصرفه
فيما لايحتاجه مما يسمونه بالكماليات فهو سفيه وهكذا امثاله وتعيين
مصاديقه موكول الى عرف العقلاء وهو يختلف باختلاف انواع الاشخاص
والأزمنة والامكنة والظروف حتى ان من ينفق اكثر امواله في الخيرات
والمبرات زائداً على مايليق بشأنه فضلا عما اذا كان مجحفا بعياله قد
يعد عند العقلاء سفيهاً (اما الثاني) فمعاملاته المالية باطلة مطلقا حتى
مايوافق فيها طريقة العقلاء والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا
السفهاء اموالكم) بناء على ماهو الظاهر من ان المراد لاتعطوا اموالكم
معاوضة عن اموالهم وان كان بقية الآية قد تشعر بخلاف ذلك ولكن
الاخبار فيه كثيرة وهذا النهي وضعي يقتضي فساد المعاملة ولازم ذلك
ان من ابتاع من سفيه مالاً ودفع له الثمن فاتلفه لاضمان عليه ويسترجع
الولي المبيع سواء كان عالما بسفهه ام لا وكذا لو باعه شيئا فلا تصح
معاملاته التعاوضية فضلا عن معاملاته المجانية كالهبة والعارية ونحوهما نعم
ليس هو مسلوب العبارة كغير المميز بل هو كالمميز فيصح ان يوكل على
عقد لغيره كما يصح ان يعقد لنفسه بيعا او نكاحا او غيرهما ولكن يبقى

موقوفا على اجازة الولي ولا يسلم اليه مال اصلا لا الذي له ولا الذي لغيره ولو سلم اليه المال فتلف فان كان المال للغير فلا ضمان على السفيه وان كان له فالدافع ضامن والفرق بينه وبين الصبي المميز ان ولي هذا اولا ابوه او جده اما ولي السفيه فهو الحاكم الشرعي حتى مع وجودهما اووجود وصيهما .

مادة « ٩٩١ » تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لاتصح ،،، يظهر من هذا ان الحجر على السفيه موقوف على حكم الحاكم حيث تقول « المجلة » لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس ، وانت خبير بان السفه امر ذاتي ونقص في العقل والتفكير فهو كالصغير والمجنون فكما ان الحجر فيهما وفي المعتوه لايتوقف على حكم الحاكم لاستناده الى امر ذاتي فكذلك السفيه ومن هنا اتفقت الامامية ظاهراً على ان الحجر عليه غير موقوف على الحكم بل كل معاملة مالية تقع مع السفيه فهي باطلة سواء علم وقتها بانه سفيه ام لا نعم لو اجازه الولي لوقوعها موافقة لمعاملات العقلاء نفذت كما نبهت عليه (المجلة) في مادة (٩٩٣) اذا باع السفيه المحجور . . . ثم ان من احكام السفيه لزوم انفاق الولي عليه وهو الحاكم بالقدر المناسب لحاله وشأنه وكذا على عياله الواجبي النفقة عليه كما في مادة « ٩٩٢ » ومن احكامه ايضا مافي مادة « ٩٩٤ » لايصح اقرار السفيه وان الحقوق الثابتة عليه شرعا يؤديها الولي من امواله كما في مادة « ٩٩٥ » وانه اذا استقرض وصرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم اداء ذلك الدين والا فلا

لان الدائن قد أضاع ماله على نفسه ولكن القدر المعلوم انه حيث يكون الدائن عالما بسفهه والا فلو اقرضه على أصل السلامة لم يبعد عدم سقوط حقه فليتأمل .

مادة ﴿ ٩٩٧ ﴾ اذا اكتسب السفيه المحجور صلاحا على قاعدة اذا زال المانع عاد الممنوع وكان السفه هو المانع من صحة التصرفات فاذا زال عادت الصحة كما في سائر العقلاء .

الفصل الرابع
فى
﴿ المديون المحجور ﴾

مادة (٩٩٨) لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى اداء دينه حال كونه مقتدراً الى آخرها ،،،،

اذا ماطل المديون غرماءه فى اداء دينه وهو قادر ومليء وشكاه الغرماء الى الحاكم انذره اولاً فان اصر على المماطلة حبسه فان بقي مصراً فان كان عنده نقود اخذها الحاكم ودفع منها حق الغرماء وان لم يكن عنده نقود باع الحاكم من امواله المنقولة اوغير المنقولة حسب نظره بقيمتها السوقية ودفعها الى الغرماء وهذا لا ربط له بالمفلس اصلا وليس المفلس

شرعا الا هو من قصرت امواله عن ديونه فطلب الغرماء ان يحجر على امواله ويمنعه من التصرف بها خوف التلف فتعود الخسارة عليهم وهو الذي اشارت اليه مادة « ٩٩٩ » المديون المفلس الذي دينه .

وتحرير هذا البحث باسلوب واسع وواضح ـ ان الفلس لايكون سببا للحجر عندنا معشر الامامية الا بشروط (الاول) ثبوت الديون عند الحاكم (الثاني) قصور امواله عنها اما لوزادت اوساوت فلاحجر خلافا لما في المجلة في المساوي « الثالث » ان تكون ديونه حالة فلوكانت مؤجلة اجمع او الحال منها لايزيد على امواله فلا حجر حتى لوكانت عند حلولها تزيد عن امواله (الرابع) التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه وليس للحاكم التبرع حتى لوالتمسه المفلس بنفسه اما لوالتمسه بعضهم فان كان دينه بخصوصه يزيد على امواله صح الحجر والا فلا ، ثم ان امواله التي تقاس الى ديونه وهي كل مازاد على دار سكناه وملابسه واثاث بيته وخادمه ودوابه وكتبه كل ذلك على حسب شأنه وما يليق بنسبة اقرانه فان زادت يؤخذ الزائد وان نقصت اكملت ويحسب ايضا من امواله ديونه وان كانت مؤجلة ان كانت على مؤسرين دون المعسرين او المتمردين او الغاصبين واذا تحققت هذه الشروط وحجر الحاكم عليه ترتبت على ذلك احكام « الاول » بطلان تصرفاته اجمع في جميع امواله الموجودة حال الحجر مدة بقائه سواء تعلقت بدين اوعين اومنفعة وسواء كانت بعوض مطلقا كالبيع او الاجارة بخيار في بيع سابق فانه نافذ سواء وافق غبطة الغرماء املا فان حق الغرماء قد تعلق بماله على نحو كيفية

ملكه له من لزوم او تزلزل فلا ينقلب الجائز بالحجر لازما ولذا لايمنع الغير من اجراء خياره لو كان في بعض امواله كما انه لو خرج مال المفلس عنه بهبة ونحوها قبل الفلس لم يكن للغرماء الزامه بالرجوع فيه وان كان له ذلك نعم لا ينفذ ابراؤه واسقاطه بماله من ديون او حقوق مالية اما التصرفات الغير المالية كوصيته او تدبيره اللذين لا ينفذان الا في ثلث الفاضل عن الدين وكالنكاح والطلاق والاقرار بالنسب وان اوجب النفقة ولكنه في الذمة كما لواقترض اواشترى نسيئة او باع سلماً فضلا عما اذا كان موجباً لتحصيل المال مجانا كالاحتطاب والاحتشاش والاتهاب فهل تدخل في الحجر ام لا ، وجهان اقواهما العدم . اما امواله المتجددة بعد الحجر من امواله المحجورة فهي تابعة لها والحجر لايسقط عبارته فيجعلها لاغية كعبارة الغير المميز بل له ان يتوكل عن الغير بل له ان يجري العقود على امواله المحجورة فتنفذ باجازة الغرماء او الحاكم كما نصت عليه مادة « ٩٩٣ » اذا باع السفيه ،،، ولو فضل عن الديون فان كان لارتفاع السوق فالحجر صحيح ويرد اليه الزائد وان كان لخطأ في التقدير حين الحجر كشف عن بطلانه ونفذ تصرفاته الواقعة اثناء الحجر [الثاني] ، ان اقراراته بعد الحجر وديونه المتجددة تنفذ عليه وتبقى في ذمته ولا يضربون مع الغرماء المتقدمين في المال المحجور حتى لو اقر بسبق الدين الا ان يصدقه الغرماء او يثبت عند الحاكم كما في مادة « ٩٩٤ » لايصح اقرار السفيه « الثالث » ان ديونه المؤجلة لاتحل بالحجر ولا بموت الدائن نعم تحل بموت المديون

مطلقا محجورا وغير محجور ، وتقسم امواله بعد الحجر على ديونه الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء وما يحل قبل الشروع بالقسمة ضرب صاحبه مع الغرماء ولو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي مع باقي الغرماء ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشارك ولو كان الحلول بالصلح على تعجيله باسقاط بعضه فالاقوى مشاركته على تأمل « الرابع » ينفق عليه وعلى عياله الواجبي النفقة من ماله المحجور الى يوم القسمة كما في مادة « ١٠٠٠ » ولو مات قبلها فتجهيزه الواجب من امواله وكذا لو مات من يجب تجهيزه عليه « الخامس » اذا وجد بعض غرماء المفلس عين ماله فهو احق بها ولو لم يكن غيرها ولا يشاركه الغرماء فيها اما غرماء الميت لو قصرت امواله عن ديونهم فهم شرع سواء حتى صاحب العين فتقسم التركة بنسبة ديونهم حتى لو مات محجورا عليه بالفلس لان المال ينتقل الى الورثه وفيه حق الغرماء ولذا لو دفع الورثة الدين صارت التركة ملكا طلقا لهم ، اما لو وفت التركة بالديون فصاحب العين احق بها ان كانت العين باقية بحالها اما لو تغيرت بزيادة منفصلة اخذها بدون الزيادة ، ولو كانت متصلة فان كانت بفعل المفلس كما لو غرس او صبغ او خلط كان شريكا بالنسبة وان لم تكن بفعله كالسمن والطول ونحوه فهل ياخذها كذلك او يسقط الاخذ اصلا او ياخذها ويكون شريكا بالنسبة ويشاركه المفلس بالنسبة ولعله اقوى الوجوه اما لو تغيرت بالنقص اخذها ان شاء وضرب مع الغرماء بقيمة النقص ، ولو خلطها بالمساوي او الادون ولم يمكن التمييز تخير

بين الشركة وبين الضرب مع الغرماء ،،، بقيمتها كما لو خلطها بالاعلى ولو تغيرت الحقيقة بان صار الحب زرعا والبيض فرخا كان بحكم التالف فليس له الا الضرب مع الغرماء كما تقدم ، ويقدم حق الشفيع على البايع لو افلس المشتري ويضرب البايع مع الغرماء بقيمة الشقص وكذا يقدم المرتهن عليهم فيأخذها بدينه ان ساوت ويرد الزيادة ان زادت ويضرب معهم بالنقيصة ان نقصت وكذا حق المجني عليه ولكن لو قصر ثمن العبد الجاني فليس للمجني عليه اكثر من قيمته او رقبته ولو افلس بثمن ام الولد اخذها البايع او اختص بثمنها (السادس) لو تجددت له اموال بعد القسمة فللحاكم ان يحجر عليها اذا التمس الغرماء ذلك تلافيا لبقية ديونهم ان كان المتجدد يقصر عنها والا فلا الا ان يكونوا قد اسقطوا وابرؤا « السابع » قد عرفت ان ولاية الصغير والمجنون للاب او الجد منه او لمنصوبهما فان لم يكونا فللحاكم او منصوبه وكذا من بلغ غير رشيد اما من بلغ رشيدا ثم عرضه السفه وصار مفلسا فللحاكم لا غير ،، هذه اهم مباحث الحجر والسفيه والمفلس ومنه تعرف كم اهملت المجلة من الفروع المهمة ، والاحكام المحكمة ، في هذا الباب ، ولله المنة والحمد .

الباب الثانى
في
بيان المسائل التي تتعلق بالاكراه

العمل المكره عليه فاعله لا اثر له شرعا قولا كان او فعلا والاصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى « الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان » بل هو نوع من انواع الضرورة فيشمله كل ادلة المضطر مثل قوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » وفي الحديث النبوي المعروف (بحديث الرفع) رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما لا يعلمون وما اضطروا اليه وما استكرهوا ، الخ ، (والنبوي المشهور) ما من محرم الا وقد احله الله لمن اضطر اليه ؛ ولكن انما تسقط الآثار وضعية وتكليفية بالاكراه اذا استجمع شروطا .

(الاول) ان يكون المكره بالكسر قادراً على فعل ما يتوعد به من ضرب او حبس ونحوهما وعليه تنص مادة (١٠٠٣) يشترط ان يكون المجبر —

(الثاني) ان يظن المكرَه بالفتح او يقطع بانه اذا لم يات بالمكره عليه اوقع بالمكره ، بالكسر ، به مايتهدده فيه من قتل اوضرب

او نحوهما كما في مادة « ١٠٠٤ » يشترط خوف المكره ـ

« الثالث » ان يكون المكرَه بالفتح عاجزاً عن مقاومته وردشره عنه بنفسه او الاستعانة من حاكم او غيره وقد اهملت المجلة هذا الشرط

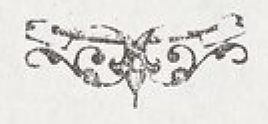
« الرابع » وهو ان يكون مايتوعد به مما لايتحمله المكره او لايليق بشأنه وهذا يختلف باختلاف الاشخاص ومراتبهم كما يختلف باختلاف الازمنة والامكنة وسائر الاعتبارات فرب شخص لايليق به كلمة فيها رائحة الاهانة فقد يفعل الفعل دفعا لهذه الكلمة فيكون مكرها ورب شخص لايضر بشأنه الصفع والضرب والحبس والغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد مكرها ، وربما يشترط بعضهم ان يكون عاجزا عن التورية فلو كان عارفا بها ولم يقصدها كان مختارا لامكرها وهو غير معلوم وكيف كان اذا تحققت الشرائط المتقدمة ارتفع الحكم التكليفي المرتب على ذات القول او الفعل لولا الاكراه كما يرتفع الاثر الوضعي فلو سب نبياً او ولياً مكرها فلا إثم ، كما لو باع اووهب كذلك فلا اثر لبيعه ولا هبته ، ولو شرب خمراً مكرها فلا إثم كما لو غصب مال غيره واتلفه مكرها فلا ضمان وهكذا سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد او بغيابه فان الحضور والغياب ليس له اي اثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما في مادة « ١٠٠٥ » ان فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر يكون الاكراه معتبراً واما اذا فعله في غيابه فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعا الى آخرها ، ، فانه لواكره احد آخر على بيع داره ولو بكتاب او رسول تحقق الاكراه واي اثر للحضور اذا كان الخوف

حاصلا حتى مع الغياب .

ثم هل يصح عقد المكره باجازته بعد الاكراه _ خلاف ، والاقرب الصحة كما في مادة (١٠٠٦) وذلك لعمومات (اوفوا بالعقود) ونحوها ولفحوى ادلة الفضولي فتدبر ، ، ولو باع المالك مكرها وتصرف المشتري كان ضامنا كالغاصب بجميع مايجري عليه من احكام الضمان المتقدمة .

مادة « ١٠٠٧) كما ان الاكراه الملجيء يكون معتبرا الخ .

قد عرفت ان لافرق بين الملجيء وغير الملجيء بالمعنى المذكور لان المدار على الخوف سواء كان من قتل او حبس او غيرها نعم يفترقان بمعنى آخر تقدم بيانه .



الباب الثالث

فى

﴿ بيان الشفعة وينقسم الى اربعة فصول ﴾

الفصل الاول

فى

﴿ بيان مراتب الشفعة ﴾

مادة (١٠٠٨) اسباب الشفعة ثلاثة (الأول) ان يكون مشاركا قد عرفت قريباً ان اقرب عبارة تكشف عن حقيقة الشفعة التي هي من خصائص الشريعة الاسلامية وعظم عنايتها بنظم الهيئة الاجتماعية والصالح العام وحكمتها العالية ان لا يبتلى المالك لملك مشاع بشريك جديد لا يعرف شيئاً من اخلاقه وحسن سيرته فقد يكون شركته وبالا عليه وتنغيصاً لعيشه في داره او عقاره مدة عمره فجعل له حق اخذ ما باعه شريكه من المشتري بالثمن ، اذاً فاحسن تعبير عنها انها حق تملك الشريك الشقص من المشتري بالثمن ، ولهذا الحق اسباب كما له شروط

اما اسبابه فكما اشارت اليه هذه المادة — الشركة على الاشاعه اماني نفس العين اوفى حق الشرب الخاص او في الطريق الخاص كالامثلة المذكورة في المتن وهذان سببان لحق الشفعة عند الامامية ايضا كما عند عامة ارباب المذاهب فهو اجماع المسلمين ، « اما السبب الثالث » وهو كونه جارا ملاصقا الى يمينه او يساره اوخلفه لاالمقابل فقد اختلفت ارباب المذاهب فيها ، فالشافعي ومالك على عدم الشفعة فيها وعليه كافة الامامية لقوله عليه السلام [اذا وقعت الحدود فلا شفعه بينهم] والحنفي واصحابه على ثبوتها لما يروى عنهم (جار الدار احق بدار الجار) وهو الذي اختارته المجلة ، ولبعض الفقهاء تفصيل فالجار المشارك في الطريق الخاص من احد الجانبين له الشفعة وغيره كالجار من خلف اوالمقابل لاشفعة له وهذه الاسباب مرتبة فلو اختص كل واحد بواحد منها ففي مادة « ١٠٠٩ » حق الشفعة اولا للمشارك في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شايعا (الثاني) ان يكون خليطا الخ .

ومادة « ١٠١٠ » اذا لم يكن مشاركا في نفس المبيع او كان وترك . . . وحاصله ان المشارك في العين مقدم فان لم يكن او كان وترك فللثاني وهكذا ، اما مادة (١٠١١) ـ ومادة (١٠١٢) فالشفعة في الموردين انما تثبت حيث تكون الأرض مشتركة اما مع عدم الشركة في الارض فلا شفعة فان البناء كالغروس لاشفعة فيها الا تبعا للارض كما تقدم .

مادة « ١٠١٣ » اذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤس .

هذا هو المتفق عليه ظاهراً عند ارباب المذاهب ولعله المشهور عندنا ووجهه ان سبب الشفعة هو الشركة وهو في الجميع واحد ، ووحدة السبب تقتضي وحدة المسبب وهو كما ترى فيه للخدشة مجال ولو قيل بان كل واحد يأخذ بمقدار حصته لكان اقرب الى العدل .

واما مادة ﴿ ١٠١٤ ﴾ وما بعدها الى آخر الفصل .

فالاحكام المندرجة فيها مبنية على استحسانات واعتبارات لا بأس بها بناء على اصول القوم اما عندنا فلا موقع لها اصلا اذ لا شفعة مع تعدد الشركاء مضافا الى ان تلك الوجوه لا تصلح ان تكون دليلا .

الفصل الثاني

في

﴿ بيان شرائط الشفعة ﴾

(الاول) مادة (١٠١٧) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا عقاريا . . . .

الظاهر اتفاق ارباب المذاهب على هذا الشرط فلا تثبت الشفعة في المنقولات مطلقا ولا في الابنية والمغروسات لا تبعا للارض اما عند الامامية فالاخبار الواردة في هذا مختلفة اشد الاختلاف ففي كثير حصرها بالعقارات وفي بعضها التعدي الى الحيوان وفي جملة منها التعدي الى خصوص العبد ولكن

قد استقر المذهب من زمن المحقق والعلامة رضوان الله عليهما حتى كاد ينعقد الاجماع عندنا اخيراً على عدم ثبوتها في المنقولات مطلقا الا ما يتبع الارض وعليه فيصح ان يقال ان اجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعة في المنقولات الا ما يتبع الارض فلو كانت الغروس ملكا لاثنين والارض لثالث فلا شفعة اما لو كانت مع الغروس لاثنين فباع احدهما الارض او الغروس معها فللشريك ان يشفع كما تشعر به مادة (١٠١٩) ونصت عليه مادة (١٠٢٠) .

« الثاني » (١٠١٨) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا ايضا - اي لا وقفا وقد اختلف اصحابنا رضوان الله عليهم اشد الخلاف في ثبوت الشفعة في العين المشتركة بين الوقف والملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملك الطلق او وقع على الوقف لو حصل المسوغ لبيع الوقف فبين قائل بثبوتها مطلقا مع وحدة الموقوف عليه وتعدده في الصورتين وبين قائل بعدمها مطلقا كذلك وبين مفصل فتثبت مع الوحدة وتنتفي مع التعدد ، او في الصورة الاولى دون العكس او بالعكس ، وتمسك كل قائل لدعواه بوجوه لا يخلو كل واحد منها من خدشة (وخلاصة التحقيق) من ذلك المحض ان اصل الشفعة لما كانت عبارة عن تملك الشفيع الحصة من المشتري قهرا عليه وهذا حكم على خلاف الاصل والعمومات التي تنص على ان الناس مسلطون على اموالهم وليس لانسان ان يملك مال غيره قهرا عليه ، اذا فلابد من الاقتصار في هذا الحكم المخالف للاصل على مورد اليقين والمتيقن ما اذا كان الشريكان يملكان ملكا

طلقا اما في الوقف شفيعا او مشفوعا به فمشكوك والاصل عدم ثبوت الحق فلا شفعة في مقام الوقف مطلقا وما ذكرته « المجلة » وجيه متقن .

(الثالث) مادة (١٠٢١) الشفعة لاتثبت الا بعقد البيع . . .

يعني يشترط ان يكون انتقال الشقص بالبيع اما لوكان بغيره من عقود المعاوضات او غيرها كالهبة ونحوها فلا شفعة حتى في الهبة المعوضة لما عرفت في كتاب الهبة ان المعوض ليس للعين الموهوبة حتى تكون كالبيع بل هو عوض لنفس الهبة فالتعاوض بين الهبتين لا بين الموهوبين وهذه من دقائق فقه الامامية فتدبره ، ومنه ظهر الخدشة في مادة (١٠٢٢) الهبة بشرط العوض في حكم البيع . . . نعم يتفرع على اشتراط الانتقال بالبيع وخروج غيره .

مادة (١٠٢٣) لاتجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك احد عقارا بلا عوض . . .

(الرابع) مادة (١٠٢٤) يشترط ان يكون للشفيع رضا ،،، ولم تحسن (المجلة) التعبير عن هذا الشرط فجاء مختل اللفظ والمعنى — فان الرضا بالبيع لايسقط الشفعة بل يولدها ولولا البيع لم تكن شفعة وانما يسقطها اسقاطه لها او تماهله عن الاخذ بها بناء على ما سيأتي من الفورية وقد حصل مثل هذا الوهم لبعض اساتيدنا فقال في حواشيه على التبصرة لو اذن في البيع معرضا فالاقوى البطلان اي بطلان الشفعة و كذا فيما لو بارك او شهد اذا ظهر منه الاعراض انتهى ، وكنا قد علقنا عليها ما نصه :

الشفيع ياخذ من المشتري لا من البايع فاذنه كاعراضه لعله وصلة الى غرضه ، ومثله لو بارك او شهد فالشفعة في الجميع ثابتة فتدبره جيدا وكذا لايلزم سقوط الشفعة لو كان وكيلا للبايع في البيع بل كل ذلك محقق لموضوعها لامسقط لها نعم لو استأجر من المشتري سقطت ، ووجهه واضح وكذا لو اعرض عن المشترى بعد علمه بشرائه ولم يبادر الى الاخذ سقطت شفعته لفوات الفورية لا للاعراض فتدبره .

الخامس (مادة ١٠٢٥) يشترط ان يكون البدل مالاً معلوم المقدار بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال كبدل اجرة الحمام الى آخرها ، ، ،

اعتبار معلومية البدل اي الثمن ليس شرطا في اصل ثبوت الشفعة وانما هو شرط في اعمالها اي الاخذ بها احترازا عما لو جهل الثمن لغيبة البايع او المشتري أوموتهما بحيث لم يعلم بمقدار الثمن فانه لايمكن الاخذ بها فسقوطها في مثل ذلك من جهة تعذر العمل بها لابمعنى انه اذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع او حين قوله شفعت تكون باطلة بل له ان يقول شفعت بالثمن الذي اشتريت به مهما كان ، وتوهم لزوم الغرر مدفوع بانه ربما يكون عالما اجمالا بان الثمن عادلا وانه لايزيد على ثمن المثل الا قليلا ، وعلى كل حال فهذا الشرط قد ذكره فقهاؤنا ايضا ولكن يلزم ان يحمل على المعنى الذي ذكرنا لا على ما يتراأى من المجلة وغيرها من انه شرط في عداد سائر الشروط لاصل ثبوت حق الشفعة مثل كونه عقاراً وان الانتقال بالبيع ونحوها (هذا اولاً) (وثانيا) فلو سلم أن

المعلومية شرط كسائر الشروط ولكن الذى يصح ان يتفرع عليه انه لوشفع وهو جاهل بمقدار الثمن لم تؤثر شفعته لا عدم جريانها فيما اذا كان البدل غير مال كالدار التي ملكت بدل اجرة الحمام « وثالثا » لادرى لماذا صارت اجرة الحمام ليست بمال واجرة الحمام لايخلو اما ان تكون نقوداً وهي مال بلا اشكال واما ان تكون عروضا كدار مثلاوهي مال ايضا بلا ريب وبدلها وهو منافع الحمام ايضا مال لأن معيار المال عند العرف هو مايبذل المال بازائه اى مايبذل احد النقدين بدلاعنه ومن المقطوع به ان منافع الحمام يبذل الدراهم والدنانير بازائها فهي مال فالمنافع مال واعواضها من نقود وعروض ايضا مال حتى الدار فلماذا لاتجرى الشفعة لو كان فيها شقص للغير فباعها وكذلك الدار لوملكت شقصها المرأة مهراً ثم باعته فلشريكها ان يشفع نعم لوملكته مهراً لم يكن للشريك شفعة لانها لم تملكه بالبيع وهو من اهم شرائط الشفعة كما عرفت ، فهذا الشرط مضافا الى انه لامحصل له ساقط بالكلية كسقوط (الشرط السادس) .

مادة « ١٠٢٦ » يشترط ان يزول ملك البايع عن البيع بناه عليه ،،،

فانه فضلة مستدرك اذ البيع الفاسد ليس بيعاً حتى على القول بالاعم فانه ليس الفاسد بمراد في هذه الموارد التي يدور الحكم فيها على الانتقال لا على اجراء العقد فقط والفاسد عندنا غير مؤثر كالباطل على ماسبق في محله اما البيع الخياري فلا يمنع من الاخذ بالشفعة بل للشفيع ياخذ وللبايع ان يعمل خياره اذا شاء ولو كان الخيار للمشتري انتقل مع الشقص الى

الشفيع ان شاء اعمله وان شاء ترك اذاً فلا فائدة بهذا الشرط وهو مستدرك استدراك .

مادة (١٠٢٧) لاتجري الشفعة في تقسيم العقار .

فقد مر انها لاتثبت الا بالبيع ، والقسمة ليست بيعاً فذكره مستدرك .

الى هنا انتهت شروط الشفعة فى « المجـلة » وتبقى شروط اخرى لم تذكرها ولعل اجماع الامامية اخيراً على اعتبارها فى ثبوت اصل هـذا الحق (الأول) ، ان لايزيد الشركاء على اثنين وفي المتقدمين من يذهب الى ثبوتها حتى مع التعدد ولكن انعقد اجماع المتأخرين ظاهراً على اعتبار الاثنين لاغير « الثاني » ان يكون الشفيع مسلما لو كان المشترى مسلما ، فلا شفعة لكافر على مسلم وللمسلم الشفعة عليه ، (الثالث) قدرته على الثمن أو بـدله حالاً ان كان البيع حالاً ، اما لو كان مؤجلا فاما يدفعه حالاً والا يلزم بكفيل ـ بالايفاء عنـد حلول الاجل ، ، ثم انه لايشترط في الشفيع اي من له حق الشفعة البلوغ ولا الرشد فيثبت للصبي مطلقا وللمجنون وللسفيه ويأخذ لهم الولي مع المصلحة ولو اهمل كان لكل واحد منهم ان يشفع بعد زوال العذر خلافا لما في المجلة (١٠٢٥) يطلب حق شفعة المحجورين واليهم وان لم يطلب الولي حق شفعـة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ .

فان هذا على اطلاقه غير صحيح نعم لو ان الولي اهمل اعماله من جهة عدم المصلحة في ذلك الوقت اتجه سقوطها بعد البلوغ اما لو كان تقصيراً من الولي فلا سقوط لانه حق مالي ثابت فان لم يعمله الولي

استوفاه صاحب الحق بعد كماله وارتفاع المانع .

الفصل الثالث

يلزم في الشفعة ثلاث مطالبات .

ليس في كتب اصحابنا شيء من هذه التعاريج والتخاريج وانما الذي عندهم ان الشريك متى علم ببيع الشريك حصته لزمه ان يعرف الثمن ثم اما ان يأخذ به او يترك سواء كان في مجلس البيع او غيره مع حضور المشترى اوعدم حضوره غايته انه مع غيبته حذرا من الانكار يشهد شاهدين ليكونا بينة له على الأخذ بالشفعة فوراً وقد اتفقوا على ان الغائب له الشفعة ولو بعد السنين المتطاولة ولا تسقط شفعته بترك الاشهاد وان تمكن منه فضلا عما لوعجز عنه و كذا المريض والمحبوس ونحوهما كما اتفقوا ايضا علي انه لوادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان لم يحضره بطلت شفعته لكن (في حسنة) علي بن مهزيار غير هذا التفصيل قال : سألت ابا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد بيعها أينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه فى المصر ينتظر به الى ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فيبيع و بطلت شفعته فى الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار

مايسافر الرجل الى تلك البلد وينصرف وزيادة ثلاثة ايام فان وفاه والا فلا شفعة له انتهى .

وينبغي ان يكون المراد بصاحب الارض هو المشتري لا البايع حتى يتجه استحقاق الشفعة للرجل الذى ذهب لاحضار المال فان الشفعة لاتثبت الا بعد البيع ولوكان المراد بها البايع أى الذى يريد ان يبيع لم يكن المقام موضع شفعة وكيف كان فلا بد من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق للعرف والاعتبار وعلى كل حال فقضايا الاشهاد والتقرير والمواثبة قضايا احتياطية واستعداد للكفاح فى ما لو وقعت الخصومة ولا دخل بهافى اصل حق الشفعة فانها تثبت بمجرد بيع الشريك وللشفيع ان يشفع باى صورة يشاء ولكن على الفور سواء اشهد ام لا قرر ام لا ، ولا حاجة الى مراجعة الحاكم الا عند الخصومة كما فى سائر الخصومات ولا يضر فى استحقاق الشفعة تاخيره التقرير اوالاشهاد او مراجعة الحاكم ضرورة ان حكم الحاكم طريق للاثبات لاسبب فى الثبوت فليتدبر .

وعليه فلا يهم التعرض لهذه المواد المذكورة فى هذاالفصل .



الفصل الرابع
في
بيان حكم الشفعة

مادة « ١٠٣٦ » يكون الشفيع مالكا المشفوع .

تحرير هذا البحث على طرز جديد ، واسلوب مبتكر ، هو انك بعد مراجعة ما مر عليك من مباحث الشفعة تستطيع ان تتصور لتكوين حق الشفعة وولادته ونشوه وارتقائه ثلاث مراحل (المرحلة الأولى) اسباب تكونه في طور القوة والاستعداد وعمدة تلك الاسباب الشركة في العقار بنحو الاشاعة « المرحلة الثانية » وجوده بنحو الفعلية والتحقق وذلك يحصل بالبيع على الاجنبي فاذا باع الشريك حصته على الاجنبي تحقق له حق الشفعة فعلاً ، (المرحلة الثالثة) استثمار ذلك الحق واستعماله وهو ان ياخذ بالشفعة فاذا دفع الثمن الى المشتري ملك الحصة قهراً عليه ووجب ان يتخلى عنها ، « فالاولى » قوة و « الثانية » فعلية ووسيلة « والثالثة » غاية وان شئت قلت الاولى « غرس » والثانية « شجرة » والثالثة « ثمرة » فانه بعد تحقق المرحلتين ان دفع الثمن فقد ملك واخذ الفائدة والا سقط ذلك الحق الذي تكوّن له بتلك الاسباب ولعل الى بعض هذا تشير المجلة بقولها : يكون الشفيع مالكا

للمشفوع بتسليمه الثمن ولكن قوله « بالتراضي » لامحل له اذ ليس له الامتناع ولا تتوقف ملكية الشفيع على رضاه وغايته انه اذا امتنع عن قبض الثمن وعن رفع اليد عن المشفوع به يراجع الشفيع الحاكم كما يراجع في سائر موارد الممتنعين عن اداء الحق ، ورفع ايديهم عن مال غيرهم لا لخصوصية في الشفعة ولا من اجل ان التملك موقوف على مراجعة الحاكم كما يظهر من عبارة المجلة فتدبره : ثم ان هذا التملك القهري على المشتري - الاختياري للشفيع ليس بيعاً وشراء آخر ولاصلحاً ولاعقداً من العقود بل هو معاملة اخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو وبتلك الكيفية ولكنها بمنزلة الشراء في قضية دفع الثمن واخذ المثمن وهذا المقدار لا يكفي في ترتب جميع آثار البيع فيشكل في مادة (١٠٣٧) تملك العقار بمنزلة الشراء ابتداء بناء عليه الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضا ، ، وتحرير هذا البحث بصورة وافية ان النظر في قضية الخيارات في باب الشفعة يقع في ثلاث جهات ماشارت [المجلة] الا الى النزر الضئيل منها « الاولى » في الخيارات بين البايع والمشتري وانه هل تثبت الشفعة بمجرد العقد اولاتثبت الا بعد انقضاء زمن الخيار فنقول ان الخيار اما ان يكون للبايع فقط او للمشتري كذلك او لهما فان كان للبايع فقد قال بعض اصحابنا انه لاشفعة حتى ينتهي الخيار لان الانتقال وان حصل ولكنه متزلزل فلا شفعة الا بعد استقراره وكذا لو كان الخيار للبايع فقط اما لو كان الخيار للمشتري فقط فقد استقر من جهة

البايع ولزم فتأتي الشفعة وهو كما ترى فيه للخدشة مجال واسع والتحقيق ان الشفعة تدور مدار العقد المؤثر للانتقال وتزلزله لا يمنع منها باى وجه كان نعم على القول بان الخيار يمنع من اصل الانتقال بالعقد ولا يحصل اثر البيع الا بانقضاء زمن الخيار يتم ماذكر .

[الثانية] انه لو كان للمشترى خيار واخذ الشريك بالشفعة هل يسقط خياره لعدم الفائدة له من اعمال الخيار اذ ليس قصده الا استرداد الثمن ولا اقل من تخلصه بالفسخ من عهدة التدارك للشفيع فان الشفيع ياخذ من المشترى لا من البايع وعليه تدارك المبيع لا على البايع وهذا هو الأقوى.

[الثالثة] بعد ان كان مما لا ينبغي الاشكال فى ان الخيارات العامة كخيار العيب والغبن والرؤيه والشرط وامثالها مما يعم دليلها جميع المعاوضات بيعا او غيره تجرى فى الشفعة ضرورة انها وان لم تكن بيعا ولكنها لا تخرج عن حظيرة المعاوضات فكما يثبت للمعاوضات يثبت للشفعة انما الكلام فى الخيارات الخاصة بالبيع كخيار المجلس مثلا هل يجرى فى الشفعة وحيث علمنا ان الشفعة ليست بيعاً قطعاً وان خيار المجلس يختص بالبيع نتج من هاتين المقدمتين عدم الريب فى عدم جريان خيار المجلس وخيار التأخير ونحوهما فيها وبهذا ظهر انه لو ظهر فى المبيع المشفوع به عيب بعد الاخذ فان كان الشفيع والمشترى قد كانا عالمين به فلا خيار وان كانا جاهلين فالخيار للشفيع فان رده على المشترى كان له الخيار ايضا ولو كان المشترى عالما به دون الشفيع كان للثاني الخيار فقط ثم بعد ان عرفت ان الشفعة حق وانها حق مالي تعرف يقينا انها

تورث بموت من له الحق ويشملها عموم (ماترك الميت من حق فهو لوارثه)

فلو مات الشفيع قبل ان ياخذ سواء بعد علمه او قبله حيث لاينافي الفورية العرفية كان لوارثه ان ياخذ بها لأنها حق مالي وكل حق مالي يورث اما ارباب المذاهب فقد اختلفوا فالمنقول عن الحنفي انه لايورث وعليه جرت (المجلة) مادة « ١٠٣٨ » لومات الشفيع قبل أن يكون مالكا للمشفوع لم ينتقل حق الشفعة الى ورثته ،،، ووافقهم جماعة من عظماء فقهائنا المتقدمين استناداً الى رواية طلحة بن زيد وهي ضعيفة السند مهجورة عند الاكثر وقد استقر المذاهب اخيراً على ان الشفعة تورث كسائر الحقوق المالية ووافقنا عليه مالك والشافعي ،،،

مادة [١٠٣٩] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع - يسقط حق شفعته ، بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع انما يصح حيث لم يدفع الشفيع الثمن اما مع دفع الثمن فقد عرفت انه يملكه وينتقل من ملكية المشترى ولا حق له فى البيع اصلا الا فضولا عن الشفيع .

مادة « ١٠٤٠ » لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لايكون شفيعا لهذا العقار الثاني ،، قد عرفت ان الجوار لا اثر له فى ثبوت الشفعة حتى بعد تملك الشفيع فضلا عما قبله ،،،

مادة « ١٠٤١ » الشفيع اما ان ياخذ الجميع اويترك الجميع وليس له التبعيض ولعل هذا من المتفق عليه عند جميع المذاهب حتى الامامية .

مادة « ١٠٤٢ » ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض وان فعل اسقط حق شفعته ،،،

هذا المنع لا وجه له والناس مسلطون على اموالهم يهبون ويبيعون لمن شاؤا نعم اذا نقل الشريك حصته الى شريكه او الاجنبي زال عنه حق الشفعة لزوال الموضوع وهو الشركة وهذا جد واضح ، انما الاشكال والمعضل فيما لو باع او وهب بعد بيع شريكه وقبل الاخذ حيث لا ينافي الفورية يعني باع احد الشريكين حصته قبل ان يعلم بان شريكه قد باع قبله فهل له ان يأخذ بالشفعة مع انه قد باع حصته ام لا « وجهان » للاول الاستصحاب وللثاني زوال الموضوع بل زوال علة الحكم فان الغرض من الشفعة ان لا يدخل على الشريك شريك اجنبي قد لا يتلايم معه ولا يحسن معاشرته وهذا الوجه قوي وان كان الاستصحاب ايضا لا يخلو من قوة والمسألة كما قلنا مشكلة .

مادة « ١٠٤٣ » ان اسقط احد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان ياخذ تمام العقار ،،،

لا نعرف لهذا الفرق وجها بل الشفيع اذا اسقط حقه قبل الحكم او بعده فقد سقط حقه وصارت الشفعة للباقين على القول بثبوتها مع التعدد .

مادة « ١٠٤٤ » لو زاد المشتري على البناء المشفوع .

هذا نظير من اشترى عينا للبايع خيار فيها واحدث المشتري فيها بناء او صبغا او غير ذلك فان تصرفه مشروع واذا فسخ البايع بخياره لزمه التدارك ودفع قيمة ما احدثه المشتري وليس له ان يجبره على القلع بعد ان كان تصرفه مشروعا والمشتري ان يمتنع عن رده الى البايع قبل اخذ حقه وهكذا الكلام بعينه في الشفيع مع المشتري كما نصت عليه

« المجلة » فالشفيع بالخيار ان شاء ترك وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابنية والاشجار .

الى هنا انتهت مواد المجلة في كتاب الشفعة وقد بقي بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء منا ومن القوم ولم تتعرض لهما « المجلة » اصلاً ولو على سبيل الايجاز (الاول) الحيل الشرعية الموجبة لسقوط الشفعة وحيث اننا لا نحب الحيل مهما كانت والناس بحمد الله قد اصبحوا احيل من ان يحتاجوا الى من يعلمهم الحيلة فلا حاجة الى ان نسقي السيف سماً ونضع ضغثاً على ابالة اذاً فترك هـذا البحث اولى ، ويكفي لمن يريد التخلص من شفعة الشريك ان يستبدل البيع بالصلح او الهبة المعوضة بناء على ماهو الحق من انها ليست بيعاً وان العوض لذات الهبة لا للعين والبيع مبادلة مال بمال وهنا مبادلة عمل بعمل والمال تبع غير مقصود بالاصالة .

البحث الثاني

مسائل النزاع والخلاف الذي اعتادت (المجلة) ان لا تذكر منه شيئاً في كل كتاب مع اهميته اما فقهاؤنا رضوان الله عليهم فقد التزموا على الغالب في متون مؤلفاتهم ومختصراتها فضلا عن الموسوعات والمطولات ان يذكروا آخر كل كتاب من البيع والاجارة وسائر العقود ـ عدة مسائل من انواع الخلاف والتنازع بين المتعاقدين كتمرين للفقيه على القضاء والحكم وقد ذكروا في آخر كتاب الشفعة جملة وافية من مسائل التنازع المتصورة فيها بعضها واضحة وبعضها في غاية الاشكال

فمن تلك المشكلات - مالو ادعى المشتري زيادة الثمن فقال مثلا اشتريته بمائة وانكر المشتري فقال بخمسين فظاهرهم الاتفاق على ان البايع معزول في هذه القضية فلا يقبل قوله اصلا سواء شهد للمشترى او للشفيع لانه في المقام متهم من جهة التدارك او غيرها وهو وان كان على اطلاقه محل نظر واضح ولكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهادة للبايع اما لموته او غيبته او نحو ذلك فان كانت لاحدهما بينة فهي المتبعة وان لم تكن فقد تعقدت القضيـة واعضلت ولذلك اضطربت كلمات الاصحاب اشد الاضطراب وقام الخلاف على ساق في هـذه وفي نظيرتها وهي ماذا اختلف المشترى والبايع في الثمن الذى جرى عليه العقد زيادة ونقيصة ، وسر الاعضال فى القضية ان من المعروف والواضح المكشوف ان طالب الزيادة فى كل مقام هو المدعي وان منكرها هو المنكر وعلى هذا الملاك فالمشترى المدعي لزيادة الثمن هو المدعي والشفيع هو المنـكر فيكون القول قوله بيمينـه ، ونظراً الى ان المشترى لا دعوى له على الشفيع اصلا والمدعي هو الذى لو ترك ترك وهذه صفة الشفيع هنا فانه هو الذى يطالب ويريد انتزاع العين من مالكها المشترى قهراً عليه والأصل عدم تسلطه على مال الغير بقوله وبالمقدار الذى يدعيه فبهـذا الملاك صار الشفيع مدعيا لامنكراً ويلزم ان يكون القول قول المشترى لاقوله ، فتعارضت الجهات وتدافعت الأصول وقامت الحيرة فى ان لايها الترجيح ؟ وعلى ايها يكون العمل ؟ فمال كل فقيه الى جهة واخذ كل واحد بترجيح ناحية وتضاربت الافكار وكثر الرد والايراد

حتى ان بعض فقهائنا المتأخرين كتب فيها مايقرب من عشر صفحات من كتابنا هذا ؟ والمسألة هنا خالية من النص نعم فى قضية تنازع المشترى والبايع وردت رواية بتقديم قول البايع وقد عمل بها جماعة من الاساطين على ضعف بسندها وأراد جماعة ان يطردوها حتى الى مسألتنا هذه اعني تنازع الشفيع والمشترى ولعله اشبه بالقياس وهو تعدية حكم موضوع الى موضوع آخر ،، ؟ والذى نراه بعد هذا كله ان القول قول المشترى بيمينه لاقول الشفيع فانه هو المدعي وان انكر الزيادة ولكنه يدعي استحقاق العين بذلك المقدار والاصل عدمه مضافا الى انه هو المطالب وهو الذى لو ترك ترك والمشترى لايدعي عليه شيئا ولا يطالبه بشيء وليت الشفيع تركه ومضى لسبيله ، وكل هذا واضح وانما اوقع الارتباك قضية دعوى الزيادة من المشتري فاوهم انه مدع مع أن قضية الزيادة ليست بميزان مطرد نعم الغالب ان مدعي الزيادة يكون مدعيا ومنكرها هو المنكر ولكن لايتمشى ذلك في كل مورد فان قضية البايع والمشترى هناك وقضية الشفيع والمشترى هنا لهما خصوصية أخرى قلبت القضية وغيرت مجارى الاصول فتدبرها جيدا وبه المستعان .

وعلى هذا يبتني ترجيح احدى البينتين على الاخرى لو قدماها معاً فان قلنا بان القول قول الشفيع وقلنا بتقديم بينة الداخل قدمت بينته والا فبينة المشترى والعكس بالعكس والتحقيق موكول الى محله .

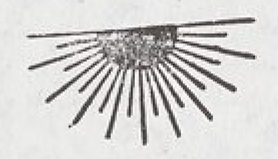
﴿ ومنها ﴾ مالو اقر احد الشريكين بانه قد باع حصته من اجنبي وانكر الاجنبي الابتياع قيل تثبت الشفعة نظراً الى الاقرار وقيل لاتثبت

لانها موقوفة على ثبوت الابتياع وتحقق الانتقال ولم يثبت ، والتحقيق انه يلزم ان يعلق ثبوت الشفعة على ثبوت البيع فان حكم على الاجنبي ببينة ونحوها انه قد ابتاع تثبت الشفعة والا فلا والاقرار وحده هنا لايكفي ،،،

(ومنها) مالو اختلف الشريكان في التقدم والتأخر وفيها صور كثيرة و ادعى ان شريكه قد اشترى بعده فله حق الشفعه عليه فانكر ذلك حلف المنكر ان ليس لخصمه حق شفعة عليه ولا يلزمه اليمين انه قد اشترى قبله اما لو ادعى كل منهما انه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعة فالقضية من باب التداعي يتحالفان ان لم تكن بينة فتثبت الشركة وتسقط الشفعة وكذا اذا جاء كل واحد ببينة اما لو انفرد احدها بها فالشفعة .

(ومنها) مالو اعترف البايع والمشترى ان الثمن المعين غصب والبيع فاسد وانكر الشفيع ولا بينة فاللازم رد العين حسب اعترافهما الى المالك والشفيع ياخذ الشقص بالشفعة ويدفع مثل الثمن او قيمته الى المشترى فيدفعه الى البايع ياخذه مقاصة عن شقصه واعترافهما لا اثر له في حق الشفيع لانه اقرار في حق الغير فان ادعيا عليه العلم يحلف انه لا يعلم بكونه غصبا ، اما لو اعترف البايع والشفيع دون المشترى او الشفيع والمشترى دون البايع فلا شفعة ويستخرج باقي حكم هذه الصور بالتأمل من الفقيه الماهر وقد ذكر فقهاؤنا قدست اسرارهم هنا فروعا كثيرة ، وفروضا نادرة ، تدل على غزارة علم ، ونابعية فضل وفقاهة عالية لا احسبها توجد

عند امة من الأمم ومن اراد تصديق ذلك فليراجع الموسوعات من كتب الامامية ان كان من أهل الفن ليعرف اننا لم نذكر لهم الا بعض مايستحقون ، وجزى الله جميع علماء المسلمين وعامة فقهائهم خير جزاء المحسنين ونفعنا بعلومهم وجمعنا و إياهم في الرفيع الأعلى مع النبيين والشهداء والصديقين وحسن أولئك رفيقا ، ونختم هنا كتاب الشفعة راغبين اليه تعالى في أن يشفع فينا اولياءه الذين لا يشفعون الا لمن ارتضى وآخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين .



بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب العاشر

في انواع الشركات ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في

بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بانواع الشركات

مادة (١٠٤٥) الشركة فى الأصل هي اختصاص مافوق الواحد بشيء وامتيازهم به لكن تستعمل ايضا عرفا واصطلاحا فى عقد الشركة الذى هو سبب لهـذا الاختصاص فتقسم الشركة بناء على هـذا الى قسمين .

تحرير هذا البحث كما ينبغي بل كما يجب ـ ان الشركة بحسب وضعها اللغوي واستعمالها العرفى ـ هي مطلق اجتماع اشخاص فى شيء بجهة جامعة سواء فى العين او الدين اوالمنفعة اوالانتفاع او الحق فمن اباح طعاما

لجماعة فهم شركاء فيه وان كانوا لايملكون عينه ولامنفعته بل يملكون الانتفاع به وكذا من اباح لشخصين او اكثر المطالعة في كتابه ومن هنا يعلم ان الشركة في المباحات العامة انما هي بهذا المعنى اي بالمعنى اللغوي العرفي لا الاصطلاحي اعني اصطلاح الفقهاء فانه قد تخصص عندهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه وحيث ان الشركة تتحقق عندهم في العين والدين والحقوق والمنافع فارادوا تعبيراً يعم كل هذه النواحي فعرفها مشهور فقهائنا بانها اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الاشاعة وارادوا بالشيء الواحد الشخصي لا النوعي او الجنسي واخرجوا بالقيد الاخير مالو اشتركوا في بستان مثلا اودار ولكن لاعلى الاشاعة بل على ان لاحدهما الجانب الشرقي وللاخر الغربي وامثال ذلك ومع انه اقرب التعاريف الى الحقيقة قد اطالوا النقض والابرام والطرد والعكس بما لاحاجة ولافائدة فيه، ولعل اسلم منه واقرب الى الحقيقة ان يقال — الشركة استحقاق اكثر من واحد لشيء واحد على الاشاعة ثم ان لهذا الاستحقاق اسباباً وله بعد تحققه احكام اما اسبابه فهي نوعان « قهرية » و « اختيارية » » والقهرية ايضاً نوعان نوع بجعل الشارع وآخر باسباب اتفاقية اخرى فمن الاول ـ الميراث ضرورة ان جميع الورثة يشتركون فى ملكية التركة كما يشترك بعضهم فى مقدار منها « فهم شركاء فى الثلث » « ومن الثاني » فاختلاط المالين قهرا بحيث لايمكن تمييز احدهما عن الاخر عادة ومن هذا القبيل الوصية بالثلث لجماعة اووقف ملك على جماعة « اما الاختيارية » فلها اسباب كثيرة

﴿ احدها ﴾ مزج المالين بحيث لا يتميزان سواء كان بفعلهما او فعل اجنبي ﴿ ثانيها ﴾ العقد بان يشتريا اويستأجرا دارا على الاشاعة فيدفع كل منهما قيمة نصيبه من ماله فيشتركان فى ملكية الدار وملكية منافعها ﴿ ثالثها ﴾ الحيازة كما لو اشتركا فى حيازة سمك اواخشاب اوحطب اوصيد ﴿ رابعها ﴾ احياء موات كما لو اشتركا فى احياء ارض موات فانهما يشتركان فى ملكيتها على حسب عملهما او اتفاقهما ـ هذه اهم اسباب الشركة بمعنى اجتماع الحقوق فى الشيء الواحد او كما قلنا ـ استحقاق اكثر من واحد لشيء واحد ، ولكن المهم ان تعرف ان هذه الانواع من الشركة ليست هي المراد من الشركة التي افرد لها الفقهاء كتابا ذكروه ضمن ابواب العقود والمعاملات « المراد بها عقد خاص يقصد منه الاسترباح والاكتساب من الشخصين اواكثر باعمالهما بعدالمزج وانما ذكروا تلك الاسباب من باب المقدمة والاستطراد حيث ان الشركة بهذا المعنى تتوقف على المزج وهو يحصل تارة بالاختيار واخرى باسباب اخرى كما عرفت ومن هنا يتضح لك الخلل البارز فيما ذكرته « المجلة » فى هذه المادة حيث جعلت العقد من اسباب الشركة بمعنى الاختصاص مع ان عقد الشركة الذي يبحث الفقهاء عنه في كتاب الشركة المندرج في ابواب المعاملات يتوقف على الشركة بمعنى اجتماع المالين وامتزاجهما وليس عقد الشركة سببا للاختصاص او الامتزاج اصلا نعم قد يكون العقد سبباً للاختصاص او الامتزاج كما عرفت فيما لو اشتريا دارا على الاشاعة ولكن ذاك عقد بيع او اجارة لا عقد الشركة الذي يقصد به الاسترباح والتكسب الذي

لايحصل ولا يتحقق الا بعد امتزاج المالين قهراً او اختياراً فعقد الشركة يتوقف على الاختصاص والامتزاج وهما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول « المجلة » فتدبره ، وعقد الشركة للاسترباح هو القسم الثاني المذكور هنا والذي سيأتي تفصيله في الباب السادس ، وقد تداخل الموضوع واختلط البحث على أرباب « المجلة » كما اختلط على جماعة من غيرهم فاحتفظ بهذا ،،،

ثم ان محل اجتماع الحقوق كما قلنا او الاختصاص كما تقول المجلة لايخلو اما ان يكون عينا او دينا او منفعة او حقا ـ اما الانتفاع فقد عرفت انه خارج عن الشركة الاصطلاحية ومثله الشركة في المباحات العامة فانها من قبيل الحكم لا الحق ومن قبيل انه ملك ان يملك وانه مالك فعلا ، وذكر بعض الشراح ان تقسيم الشركة الى عين ودين من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره فان الدين لاملك ولا منفعة بل هو وصف شرعي ثم دفع هذا الاشكال بانه وان لم يكن مالا فعلا ولكنه مال بالمآل انتهى ، وانت خبير بسقوط هذا الاشكال من اصله فان الدين مال فعلا باعتبار العقلاء ولذا يباع ويشترى كغيره من الاعيان الخارجية والشركة فيه واضحة واوضحها مثالا مالو مات وله دين على شخص فان الورثه يشتركون فيه باجمعهم وكذلك الشركة في المنافع والحقوق ، ومن الأخير ارث حق الخيار او جعل الخيار لاثنين او اكثر مشتركين لا على نحو الاستقلال .

ومن جميع ماذكرنا اتضحت مادة « ١٠٤٥ » وهي الأولى من

كتاب الشركة اما ما بعدها من المواد الى مادة « ١٠٦٠ » فينبغي او يجب حذفها تماما من المجلة — اذ أي عربي او متعرب لايعرف ان معنى الحايط هو الجدار . والمارة عبارة عن المارين او القناة او المسناة او ان رأس المال هو السرمايه وهو ترجمة العربي بالفارسي وهلم سحبا الخ .



الباب الاول
فى
بيان شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول

« الفصل الاول »
فى
تعريف شركة الملك وتقسيمها

مادة « ١٠٦٠ » شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين اثنين فاكثر هذا تفصيل ماتقدم من الاجمال لبيان اسباب الاشتراك فى المال الواحد والشيء يشمل كل مايمكن تحقق الشركة فيه من العين والدين والحق والمنفعة سواء وقعت باسبابها القهرية او الاختيارية ثم اذا تحققت الشركة باحد تلك الاسباب ترتبت عليها احكام بعضها من حيث تصرف الشركاء او بعضهم وبعضها من حيثيات اخرى - ومن الثاني ان

التلف بعد الشركة كلا او بعضا يكون على جميع الشركاء بنسبة حصصهم اذا لم يكن المتلف احدهم فلو تلف النصف والشركاء اثنان كان من كل واحد ربع وهكذا وعليه يبتني مادة (١٠٦١) فلو كان لرجل دينار ولآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها يكون الباقي مشتركا بينهما مثالثة ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار ،، ; ولكن لعلك عرفت مما مر عليك في الأجزاء السابقة ان هذه القضية لا تبتني على قاعدة الشركة لان المالين لم يمتزجا امتزاجا حقيقيا بل وفي بعض الصور قد لا يكون مزج اصلا كما في مسألة الودعي الذي استودعه رجل درهما وآخر درهمين فتلف درهم لا يعلم انه من صاحب الدرهم اومن صاحب الدرهمين وتوزيعه عليهما بالنسبة هو مقتضى قاعدة العدل سواء كانت هناك شركة ام لا واعلم ان شركة المزج تكون تارة (ظاهرية) وهي التي يتطرق فيها احتمال التمييز كما في قضية الدراهم وامثالها (وحقيقية) وهي التي يستحيل فيها التمييز عادة او واقعا كامتزاج المايعات من جنس واحد وكامتزاج الدقيق ونحوه وفى الاولى تكون القسمة ظاهرية مراعاة ببقاء الاشتباه فاذا زال امكن زوال الحكم وبطلان القسمة وفى الثانية يكون دائميا لا مجال لبطلانه ، وبقية المواد قد سبق بيانها وهي واضحة ، وقد شرعت « المجلة » في بيان القسم الثاني من احكام الشركة اعني ما يتعلق بتصرف الشركاء الذي يتكفل به .

(الفصل الثانى)

[في]

بيان كيفية التصرف في الاعيان المشتركة

سواء كانت من العقارات او الحيوانات او الاطعمة او الحبوبات او غيرها .

مادة (١٠٦٩) كيف مايتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف ايضا في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك .

لايخفى مافي العبارة من التعقيد والتشويه والمراد ان الشركاء يتصرفون بالاتفاق كما يتصرف المالك في ملكه المستقل فمجموعهم كواحد وواحدهم كالاجنبي ليس له التصرف بدون اذنهم وعليه يتفرع مادة (١٠٧٠) يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها جميعا لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً فللآخر منعه ، على ان هذا الاستدراك مستدرك فان للآخر المنع مطلقا ومثلها مادة (١٠٧١) التي مفادها جواز تصرف الشريك باذن شريكه الذي علم مما سبق والاستدراك بقوله :
لكن لايجوز ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك مستدرك ايضا فان الضرر حرام مطلقا ولا حاجة الى بيانه هنا (١٠٧٢) ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتي او بعني حصتك غير ان المحل المشترك

ان كان قابل القسمة والشريك ليس بغايب يقسم وان كان غير قابل القسمة فلهما التهايؤ كما يأتي تفصيله في الباب الثاني ،،

ولكن اذا كان الشريك غائبا لا تبطل القسمة مع طلب احد الشركاء بل يرفع امره الى حاكم الشرع فينذره او ينذر وكيله فان لم يحضر احدهما سقط حق حضوره وتولى الحاكم القسمة لانه ولي الغايب والممتنع وكذا لو لم يمكن مراجعة الغايب كمجهول المحل او الحياة فان مثل هذه الأمور العامة من وظايف الحاكم ولا يجوز في حفظ النظام تعطيلها ولولا نصب الحكام لمثل هذه الحوادث لاختل النظام وتعطل كثير من الاحكام وساءت حالة الاسلام .

مادة (١٠٧٣) الاموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها بين اصحابها على قدر حصصهم فاذا شرط احد الشريكين في الحيوان المشترك شيئا زائدا على حصته من لبن ذلك الحيوان او نتاجه فلا يصح

لاريب ان منافع الملك هي لارباب الملك على حسب حصصهم ولكن ذكر الشرط لا محل له هنا اصلا ضرورة ان الكلام في الشركة بمعنى اجتماع الحقوق لا الشركة العقدية التي ستأتي في الباب السادس وهي التي تقبل الشرط وعدمه اما هذه فلا مجال فيها للشروط اصلا فتدبره جيدا .

مادة (١٠٧٤) الاولاد في الملكية تتبع الام مثلا اذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس كذلك اذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الانثى

هذا الحكم ليس له كثير علاقة بمباحث الشركة الا بمقدار التنبيه على ان النتاج الحاصل من فحل شخص واتنى آخر لايكون مشتركا بينهما بل يختص به مالك الام لانه يعد عرفا نماء ملكه كالثمرة فانه يتبع الشجرة لافحل اللقاح ولا يختص هذا بالحيوان بل يجري حتى في الانسان المملوك فانه يكون لمالك امه لا لمالك ابيه ولا لهما معا الا مع الشرط كما هو محرر في محله .

مادة (١٠٧٥) كل واحد في شركة الملك (بل وفي غيرها) اجنبي في حصة الآخر . ليس واحد وكيلا عن الآخر — الخ .

هذه المادة على طولها من غير طائل ومع مافيها من تعقيد العبارة وسوء البيان قد اشتملت على حكم جزافي يخالف قاعدة الشركة وقد عرفت ان كل واحد من الشركاء نسبته وحده الى المال المشترك نسبة الاجنبي اليه سواء بسواء فلا يجوز له اى تصرف بدون اذن الباقين فلو تصرف وتلف المال بيده يكون ضامنا ولو مع عدم التعدى والتفريط لانها يد عادية اذ كل جزء يفرض فهو له ولشركائه فيكون المقام من قبيل اجتماع الملاك على الشيء الواحد لاالملاك على اشياء وكل واحد من اصحاب الدار المشتركة لايعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال بل صاحب ملك ناقص وملكيته ضيقة يزاحمه فيها جماعة آخرون وهم شركاؤه فلا حق له فى دخول وخروج فضلا عن اعارة واجارة بدون اذنهم فلو سكن الدار بغير رخصة منهم وانهدمت ضمن حصصهم وان لم يكن بتعد منه اوتفريط كل ذلك قضاء لمعنى الشركة ولوازمها الطبيعية

مؤيدة بالقواعد الشرعية ، وكأن القوم توهموا ان حقيقة الشركة كون كل شريك يملك جزء في الدار غير الجزء الذي يملكه الآخر وهو معنى لامحصل له وان كان ربما يدور على لسان بعض المتفقهة ، ويتفرع على ما ذكرنا انه لو سكن الدار بدون اذن شريكه لزمته الاجرة لحصة شريكه سواء اشغل الدار كلها او بعضها فان البعض الذي اشغله هو له ولشريكه اذ لاقسمة في البين فتلزمه اجرة ما اشغله بالنسبة والا لتساوى المشاع والمقسوم فالحكم بعدم الضمان وعدم الاجرة حكم جزافي غريب واغرب منه مادة (١٠٧٦) اذا زرع احد الشركاء في الاراضي المشتركة لاصلاحية للآخر في طلب حصته من الحاصلات على عادة البلد مثل ثلث او ربع لكن اذا نقصت الارض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته .

بل الصحيح حسب الاصول والقواعد ان له اجرة المثل لاعادة البلد الا اذا ساوت اجرة المثل بل الاصح ان الشريك مخير في هذه الصورة بين قلع الزرع وبين ابقائه بالاجرة الى حين حصاده مضافا الى اجرة المدة السابقة وهكذا الغرس والبناء ولو نقصت الارض كان له مع ذلك ارش النقيصة وعليه يبتني ان احد الشريكين بدون اذن الآخر سواء قبض الاجرة ام لا فهو فضولي والشريك مخير بين الاجارة والرد وترجع الاجرة لصاحبها ولو تلفت كان على المؤجر ضمانها على تفاصيل ذكرت في باب الفضولي ومن هنا ظهر الخلل في مادة (١٠٧٧) احد الشريكين اذا آجر لآخر المال المشترك وقبض الاجرة يعطي الآخر

حصته منها .

لا — بل الآخر مخير بين الاجازة فيأخذ حصته منها وبين الرد فلا اجازة ولا اجرة ، واشد ضعفا ووهنا مادة (١٠٧٨) يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه .

مادة (١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغايب يعد رضا من الغايب .

كلا — بل اذا قامت امارة قطعية على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعة الاذن وضيقه ومع عدمها لا يجوز اصلا اضر ام لم يضر .

مادة « ١٠٨٠ » لا يوجد من الغايب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لبس الالبسة المشتركة في غياب احد الشريكين وكذا البرذون — اما في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل حرث وتحميل فله استعماله بقدر حصته كالوغاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته .

هذه المادة كما ترى مثل اغلب مواد هذا الفصل مختلة التراكيب مشوهة الاساليب كانها رطانة اعجمية لا عبارة عربية ، ومباني هذه المواد بعضها استحسان وبعضها جزاف لا يساعد عليه عرف ولا قياس والا فاي فرق بين الالبسة المشتركة وركوب البرذون المشترك فلا يجوز وبين التحميل والحرث واستخدام الخادم المشترك فيجوز وان كان المراد قضية المهاياة فهي لا تتحقق الا مع التراضي او الخصومة كما سيأتي وعلى فرضها

فلتكن في المقامين ولتطرد في جميع الامثلة المذكورة فما وجه التفصيل بغير دليل .

ومثلها مادة (١٠٨١) السكنى فى الدار لاتختلف ،،، فان سكنى كل واحد منهما ستة اشهر - ان كان مهاياة فهي موقوفة على التراضي او الخصومة وهوخلاف ظاهر الفرض وهوغياب احدالشريكين وان لم يكن مهاياة وتراضي فكل منهما فعل حراما بتصرفه بدون رضا شريكه وعليه الاجرة قليلة كانت العائلة او كثيرة غايبا كان احدهما اوحاضرا نعم في غيبة احد الشركاء وعدم وكيل له وعدم التمكن من استيذانه او امتناعه من الاذن يراجع حاكم الشرع لصحة تصرف الباقين حسبما يراه .

اما - مادة (١٠٨٢) لايجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغايب المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ،،،

فهي خروج عن موضوع الشركة اذ لا شركة بعد الافراز فذكرها هنا فضلة مستدرك ، وكذا مادة « ١٠٨٣ » المهاياة انما تجري وتعتبر بعد الخصومة فاذا سكن ، الى آخرها ،،

فهي ايضا مختلة بالفاظها ومعانيها ، وتراكيبها ومبانيها ، اما (اولا) فالمهاياة كما تجري في صورة الخصومة تجري في صورة التراضي (ثانيا) لاوجه للحكم بانه لايسوغ له ان يطالبه بالاجرة عن المدة « ثالثا » لا وجه للتفصيل بين صورة الحضور والغيبة غايته انه مع الغيبة المنقطعة التي يتعذر او يتعسر مراجعة الشريك فيها يراجع حاكم الشرع كما سبق ، وحيث عرفت ان

اكثر مواد هذا الفصل مختلة ، وتراكيبها كمبانيها منحلة ، فالاولى اعطاء الضابطة الكلية والفذلكة التي يعلم منها حال سائر الفروع والفروض فنقول انك قد عرفت انه ليس لاحد الشركاء ان يتصرف بالمال المشترك بدون اذن الآخرين باي تصرف كان فان تصرف بغير اذن منه اومن وكيله اومن حاكم الشرع فان كان التصرف فعلا من الافعال فهو حرام ولزمته الاجرة والضمان لو تلفت العين الا على قول من يقول بان الاجر والضمان لا يجتمعان ولكن يظهر من المجلة في المادة المتقدمة « ١٠٧٥ » لزوم الضمان فيما لو اعار البرذون او آجره وتلف مع لزوم الاجرة للشريك لو حمله بدون اذن واذا زرع احد الشركاء الارض المشتركة بدون اذن الباقين كان الزرع له على ماسبق مكررا من ان الزرع لصاحب البذر وعليه الاجرة لارباب الارض فيدفع للشركاء اجرة حصصهم منها وما ذكروه في مادة « ١٠٨٥ » فهو على طول بيانه وقصور تعبيره يرجع الى مهاياة قهرية بين الغايب والحاضر او النصف والنصف الآخر من غير تراض ولا خصومة ؛ نعم لو رجع الى الحاكم مع تعذر استيذان الشريك واجاز له ذلك صح ولا ضمان عليه حينئذ مع فرض التلف نعم اجرة حصة الشريك لا بد منها ،،

هذا كله اذا كان التصرف فعلا من الافعال كسكنى الدار اولبس الثوب ونحوها ، اما لو كان قولا كما لو باع او آجر الجميع اوحصة الشريك وحدها فهو فضولي موقوف على الاجازة ولا يجوز ان يسلم العين ولو سلمها ضمن وصار تصرفا فعليا مع التصرف القولي كما انه لو استلم

الثمن كان امانة بيده لدافعه يجري عليه حكم الامانات المالكية ؛ هذا كل ماينبغي او يجب ان يقال في هذا الموضوع وعليك بتطبيق كل فرع على هذا الاصل ؛ ومنه يتضح حال بقية المواد المذكورة في هذا الفصل وما فيها من صحة وفساد ، نعم مادة « ١٠٨٩ » بعض الورثة اذا بذر الحبوب المشتركة باذن الباقين الكبار اووصي الصغار في الاراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم ولو بذر احدهم حبوب نفسه بالحاصلات له خاصة لكن يكون ضامنا لبقية الورثة حصة نقصان الارض على زراعته .

وان كانت تطابق ماذكرنا من ان الزرع لارباب البذر ولكن الضمان ليس لنقصان الارض فقط بل يضمن اجرة الارض ايضا ومادة « ١٠٩٠ » اذا اخذ احد الورثة مبلغا من التركة واتجر به قبل القسمة وخسر يكون الخسران عليه كما اذا ربح لايسوغ لبقية الورثة طلب حصته منه ـ واضحة الضعف فان هذا الحكم لايختص باحد الورثة بل كل من اتجر بمال غيره فان خسر فالخسران عليه قطعا ان لم يكن ماذونا لانه بحكم الغاصب اذ هو وان ربح فهو نوع من الفضولي فان اجاز الشريك كان له ربح حصته والا كان له رأس ماله وقد مر قريبا في مادة « ١٠٧٣ » ان الحاصلات تقسم بين اصحابها على قدر حصصهم .

تتمة

اطلاق الشركة يتصرف الى الاشاعة اى الاشاعة الكسرية من

الكسور القسمة النصف والثلث والربع الى آخرها . وقد تستعمل الشركة في انواع اخرى « منها » الشركة على نحو الكلي في المعين كصاع من صبرة وارطال معينة من ثمرة هذا النخل « ومنها » شركة مستحقي الزكوة والخمس في النصاب «ومنها» شركة الموقوف عليهم في غلة الوقف « ومنها » شركة المسلمين في الاراضي الخراجية ، ولكل واحد من هذه الانواع احكام تخصها مذكورة في محالها .

« الفصل الثالث »

فى

بيان الديون المشتركة

الشركة في الدين مثل الشركة في العين في اكثر الاحكام والاسباب فلا يكون الدين مشتركا الا بسبب يوجب الشركة وقد تقدم بيان الاسباب الموجبة للاشتراك في العين فمن استدان عينا مشتركة صار الدين الذى في ذمته مشتركا بين اربابها كما ان الميت لو مات وفى تركته اعيان يشتركون الورثه فى ملك تلك الاعيان كل على حسب نصيبه من الارث كذلك لو كان له ديون فانها تكون مشتركة بينهم على حسب حصصهم ، وهذا هو السبب الغالب لحصول الشركة فى العين والدين اما مثل المزج والحيازة والاتهاب فلا يجرى شيء منها

فى الدين الا الهبة ان صححنا هبة الدين ولكن اذا وقعت الشركة فى العين ثم استقرضها آخر او ابتاعها فى الذمة صار الدين مشتركا وكما ان العين المشتركة لايجوز لاحد الشركاء التصرف فيها بدون اذن الباقين كذلك الدين المشترك فلو قبض احدهم الدين كلا او بعضا بغير اذنهم كان فضوليا ومضمونا عليه ويتخير الشريك الآخر بين اخذ حصته منه او الرجوع بها على المدين ولا يختص احدهم بما يقبضه بل هو مشترك بينهم على الحصص حتى ان الشركاء لو اجازوا لواحد ان يقبض حصته فقط فقبضها شاركه الباقون فيها لان الدين لايقسم كما سيأتي ان شاء الله ،، فالمقبوض من الدين للجميع والتالف منه على الجميع ، نعم لو وقع الصلح بينهم على ان تكون حصته من دين فلان بحصته من الدين الآخر فيختص كل واحد منهم بدين شخص كان مدينا للجميع فيعود مدينا لواحد صح ذلك وصار مثل بيع الدين على اجنبي ، وجل ماذكروا فى هذا الفصل من المواد وكلها تندرج فى هذه الجملة التي ذكرناها ، وظهر من جميع ذلك ان كل واحد من الشركاء فى المال المشترك حر مطلق العنان فى ملكيته من جهة ومقيد مربوط بغيره من جهة اخرى ، مثلا اذا اراد ان يتصرف بحصته المشاعة على اشاعتها من دون ان يمس العين بتصرف كان حراً فى ذلك ولا يتوقف على مراجعة شريكه او استيذانه فلو باعها او اشترى بها او وقفها صح بقول مطلق لكن لا يدفع العين الى المشتري ولا يسلطه على حصته الا باذن الشريك فالبيع غير موقوف ولكن التسليم والاقباض موقوف

وهكذا ، ثم لا بأس بابداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل .

مادة « ١١٠٠ » وان كان الدين مشتركا فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون وفى غيبة احد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم يامر الحاكم باداء حصته .

المتعين جعل هذه المادة مع التي بعدها مادة واحدة دفعا لايهام التدافع فيقال : اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطالب المديون بحصته فان دفعها او دفع منها لم يجز ان يختص بما قبض بل المقبوض له ولشريكه والباقي لهما ايضا وان امتنع المديون لغيبة الشريك الآخر راجع الدائن الحاضر الحاكم فان قبضها بامره اختص بها لان امر الحاكم يقوم مقام القسمة والافراز « وان كان الدين لا يقسم » كما سيأتي وهذا يغني عن مادة « ١١٠٢ » فانها تكرار او توضيح لا حاجة اليه .

مادة « ١١٠٣ » احد الشريكين اذا اشترى بحصته متاعا من المديون ولم يقبض منه شيئا فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى ذلك المتاع لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع وان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركا كان كذلك .

عرفت قريبا ان لكل واحد من الشركاء ان يبيع حصته او يشتري بها او يصالح عليها وتكون تصرفاته من هذا القبيل نافذة لازمة من دون حاجة الى اذن شركائه نعم ليس له ان يدفع العين و يسلط المشتري عليها الا باذنهم ، وعليه فالمتاع الذي اشتراه يكون مختصا به

ولا حق للشريك فيه وليس له الرجوع على الشريك كما نصت عليه المجلة بقولها (فلا يكون الدائن الآخر شريكا في المتاع) ولكن لا مجال لقولها متصلا به : ولكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع ؛،، بل هو اشبه بالتهافت ؛ نعم يصح هذا فيما لو قبض الحصة ثم اشترى بها لما عرفت من ان المقبوض مشترك لا يختص به القابض فلو اشترى به متاعا كان فضوليا بالنسبة الى حصة شريكه ان شاء اجاز القبض والشراء وكان شريكا في المتاع كما هو شريك في باقي الدين والا فله الرجوع على شريكه بحصته من الثمن او على المديون بها ، هكذا ينبغي تحرير المباحث وتنقيح المسائل ومنه تعرف الخلل ايضا في مادة « ١١٠٤ » اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون على حقه منه على اثواب بز وقبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب وان شاء اعطاه حصته من الحق الذي تركه .

فان التخيير للشريك الآخر بين الاجازة وبين الرد لا للشريك الذي صالح على اثواب البز كما نصت عليه مادة (١١٠٥) وهذا ايضا في صورة القبض اما مع عدم القبض ووقوع الصلح او البيع بما في ذمة المديون من حصة الشريك فكل هذا ساقط ولا حق للشريك الآخر فيما اذا اخذه شريكه بوجه من الوجوه كما سيأتي ايضا توضيحه فتدبره ولا يشتبه عليك الامر ، وبهذا يتبين لك ان الحق في مادة (١١٠٥) هو التفصيل فان الشريك اذا قبض تمام الدين المشترك او بعضه ثم اشترى به متاعا فالشريك الآخر الدائن مخير كما في المجلة ان شاء

اجاز معاملة شريكه و ياخذ حصته منه كما سبق وان شاء رد ويطلب حصته من المدبون ، اما لو اشترى بحصته من الدين قبل قبضه لا كلا ولا بعضا فلا حق للدائن الآخر على شريكه بل يرجع على المديون بحصته ، اما قول المجلة : وان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض — فلا اعرف لهلاك الدين وهو كلي في الذمة — معنى محصلا — نعم لو افلس المديون أو تعذر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم يعني ان اشترى بحصته في الذمة لم يكن للشريك حق وان قبض واشترى كان له الرجوع عليه اي على شريكه وعدم اجازته اولاً لا يمنع من رجوعه اخيراً نعم يشكل لو كان قد سبق منه الرد فان الرجوع لا يبقى له محل ولا موضع للاجازة فليتدبر .

مادة (١١٠٦) احد الدائنين اذا قبض حصته من الدين المشترك الذي قد عرفت انه لا يختص به بل هي له ولشريكه على النسبة وحينئذ لو تلفت في يده بغير تعد فان كان القبض باذن الشريك فالتلف عليهما والباقي لهما وان كان بدون اذن اومع التعدي كان التلف عليه فقط والباقي عند المديون يكون لشريكه وهذا هو البيان الصحيح هنا لا ماذكرته المجلة فان ذكر الضمان لامحل له اصلا وقيد بدون تعد منه — لغو — اذ لاضمان عليه مطلقاً مع التعدي وبدونه ، نعم يختلف الحكم مع الاذن وعدم التعدى فيشتركان في التالف كما يشتركان في الباقي أما مع عدم الاذن فيختص التالف مطلقا بالقابض والباقي للشريك الآخر فافهم جيدا واعرف الفرق بين هذا وبين ماذكرته « المجلة » :

مادة « ١١٠٧ » اذا استأجر احد الشركاء المدين بمقابل حصته من الدين المشترك فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الأجرة .

كلا ـ لاحق للشريك الآخر هنا ولا ضمان ولا رجوع نعم لو قبض الدين واستأجر فللآخر الاجازة او الرد ولكل واحدة حكمها وبهذا الملاك يظهر الخلل في مادة « ١١٠٨ » احد الشريكين الدائنين اذا اخذ رهنا عن حصته وتلف في يده فلشريكه ان يضمنه مقدار مااصاب حصته الى الآخر .

فان احد الدائنين اذا اخذ على حصته الكلية رهنا فهو مختص به كما لو اشترى بها شيئا حسبما عرفت من بياناتنا السابقة فلو تلف الرهن تلفا ضمانيا سقطت حصته المقابلة للرهن فقط ويبقى الباقي الذي في ذمة المديون للدائن الآخر فقط كما لو ابرأه احدهما اووهبه المنصوص عليه في مادة « ١١١٠ » اذا وهب احد الدائنين المديون حصته . . . ولا يكون ضامنا حصة شريكه .

وكذا لو اخذ كفيلا على حصته فانه كالرهن والهبة والاسقاط يختص بها نعم لو احاله بحصته اشتركا لان الحوالة نوع من الاداء فما في مادة « ١١٠٩ » من طردها على نسق واحد غير سديد فتدبره .

وكذا لافرق بين الصورتين فى مادة « ١١١١ » اذا اتلف احد الدائنين مال المديون وتقاصا بحصته ضمانا ـ الى آخرها ففي كلا

الصورتين يصير الدائن مشغول الذمة بقيمة ما اتلفه فيقع التقاص والتهاتر ويبقى الباقي في ذمة المديون للشريك وهو الدائن الآخر والتفصيل بينهما لا وجه له اصلا فتدبره .

مادة « ١١١٢ » ليس لاحد الدائنين ان يؤجل الدين ولكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط ولا يتوقف على اذن الآخر ؛ ،،،

والاشتباه والخلط الواقع في هذه الفروع المندرجة في هذه المواد من المجلة كله ناشئ من الغفلة عن الضابطة التي ذكرناها صدر كتاب الشركة وهي ان كل تصرف يتعلق بالحصة من حيث هي وعلى كليتها في الذمة او في العين فهو صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء الباقين اما لو وقع على العين الخارجية او الحصة المقبوضة من كلي الدين فهو موقوف على اذن الجميع فاغتنمه وتدبره .

لاحقة

« ١١١٣ » اذا باع واحد مالاً الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حدة مالم يكن احد المشتركين كفيلا للآخر لا يطالب بدينه

هذا واضح كوضوح العكس وهو مالو باع اثنان مالهما لواحد فان اللازم ان يدفع لكل واحد حقه ولا يجوز لاحدهما المطالبة بكل المال الا ان يكون وكيلا عن الآخر .

* * *

الباب الثانى
فى
﴿ بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول ﴾

الفصل الاول
في
تعريف القسمة وتقسيمها

مادة ١١١٤ القسمة هي تعيين الحصة الشايعة بعضها عن بعض كالذراع والوزن والكيل .

لما كانت القسمة هي ضد الاشاعة ورفعها والاشياء تعرف باضدادها وكانت الاشاعة عبارة عن اجتماع الحقوق فالقسمة اذاً إفرازها وتفريقها ، أما تعريفها كما فى « المجلة » بتعيين الحصة الشايعة ففيه من التسامح مالايخفى ، وعلى كل فان التعبيرات هنا باجمعها لاتخلو من قصور وينكشف هذا الغموض بما ذكرناه من ان حقيقة الاشاعة هي اجتماع

الملاك على ملكية شيء واحد فهو نحو ضعيف من الملكية ، وعليه فالقسمة هي تبديل ملكية ضعيفة لكل واحد من الشركاء في العين بملكية قوية لكل واحد في بعضها ، هذه هي الحقيقة الصميمة وبما شئت فعبر عنها .

ثم ان المقياس لا يختص بالذراع او الوزن او الكيل بل يحصل بالعد او المشاهدة او غير ذلك حسب الاوضاع والاطوار الزمنية .

مادة [١١١٥] القسمة تكون على وجهين اما جمع الحصص الشايعة في كل فرد . . . الى آخرها .

هذا التقسيم للقسمة غير واف ولا مستبين . (وتحرير البحث) ان القسمة من حيث المال المقسوم والمقسوم عليهم او باعتبارات اخرى تنقسم الى اقسام . فمن الحيثية الاولى ، نقول ان المال المقسوم اما ان يكون عينا واحدة او اعيانا متعددة من جنس واحد او اجناس مختلفة وعلى كل التقادير فاما ان يمكن قسمته على الحصص قسمة متساوية ام لا وعلى الثاني اما ان تتعذر القسمة مطلقا او تمكن مع الرد فان كان متعدداً وامكن القسمة على نسبة الحصص فهي التي تسميها المجلة قسمة الجمع كثلاثين شاة مشتركة فان كانت لثلاثين او خمسة عشر او عشرة فهي صحيحة وان كانت لثلاثة عشر او تسعة فهي كسرية ، وان كان المقسوم واحدا وامكن قسمته اجزاء بحسب الحصص ايضا فهي قسمة التفريق اي تفريق الواحد الى اجزاء ، وهو ظاهر في اكثر المثليات من المكيل والموزون او كلها كما سيأتي ، وان لم يمكن تقسيمه

اجزاء متساوية بنسبة الحصص فان امكن قسمته متفاوتا مع الرد والجبران فهي القسمة الردية والا فلا قسمة بل ترفع القضية مع التشاح الى الحاكم فيلزمهما اما بيع حصة احدهما على الآخر اوعلى اجنبي ويقسم الثمن وهذا لعله هو الذي يطلق عليه اليوم (ازالة الشيوع) .

واما من حيث المقسوم عليهم فاما ان يتفقا على القسمة او يتشاحا فان اتفقا فهي قسمة تراضي اختيارية وان تشاحا ورجعا الى الحاكم فالزم بها فهي جبرية وهي التي تعبر عنها المجلة بقسمة القضا والسابقة بقسمة الرضا كما في مادة (١١٢٠) و (١١٢١) و (١١٢٢) وان تشاحا بعد القسمة على الحصص فالقرعة ، هذا مجمل ماينبغي ان يقال في جمهرة اقسام القسمة ومنه يتضح مادة (١١١٦) والقسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة وهذا التنويع يبتنى على ماهو المشهور عند الفقها . هي ان كل جزء يفرض فجزؤه لاحد الشريكين والآخر للآخر اما على مااخترناه من ان معناها اجتماع مالكين على الشيء الواحد فهي مبادلة بين الملكيتين فقط ولا افراز في البين فتدبره جيدا .

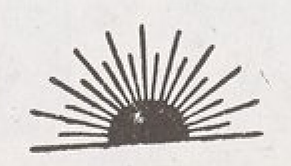
مادة (١١١٧) جهة الافراز في المثليات راجحة بناء عليه كل واحد من الشريكين في المثليات له اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه كلا - لايجوز عندنا تصرف احد الشريكين بدون اذن الآخر مطلقاً غائباً كان الآخر اوحاضراً قسمة كان التصرف اوغيرها فاما هو اوالحاكم وبدون احدهما لايجوز القسمة ولا غيرها ،،، ولو تلفت حصة الغايب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما

بل والتالفة مضمونة يعني يضمن للغايب حصته منها :

مادة (١١١٨) جهة المبادلة في القيميات راجحة الى آخرها يعني بالمثليات ماتتساوى اجزاؤه بالقيمة على النسبة مثلا حقة القمح باربعة دراهم فالوقية بدرهم اما القيميات فلا تتساوى اجزاؤها بالقيمة فان مثقال الالماس مثلا بمائة دينار ولكن بعه بعشرة لا بخمسة وعشرين ويريدون ان المثليات اي المتساوية ياخذ الشريك منها نصيبه ولو بدون اذن الآخرين واما غير المتساوية اي القيميات فلا يجوز وقد عرفت عدم الجواز في الجميع .

مادة « ١١١٩ » المكيلات والموزونات والمعديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات الى آخرها .

هذه الضوابط للمثليات والقيميات غير مطردة وليس كل المكيلات والموزونات مثليات ولا كل الذرعيات قيميات فان انواع الحلي والمصاغ كلها موزونة مع انها قيمية والحبال والامراس ذرعية مع ان اكثرها مثلية فالاولى الرجوع في كل مورد بخصوصه الى العرف ونظر الحاكم واجتهاده الخاص في الموضوع .



الفصل الثاني
في
بيان شرائط القسمة

مادة ﴿ ١١٢٣ ﴾ كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك الى الآخر .

تقسيم الدين له صورتان احداهما ماذكر في هذه المادة من اتفاق الورثة على ان يكون دين مورثهم على الاشخاص المتعددين موزعا عليهم كل واحد لواحد منهم « الثانية » ان يقتسموا الدين الواحد فيكون القسط الاول لواحد والثاني لآخر وهكذا ، وتقسيم الدين بهاتين الصورتين باطل . وما يقبضه احدهم كلاً او بعضاً يكون مشتركاً بين الجميع المقبوض لهم والهالك عليهم والاخبار المعتبرة عندنا بهذا متوفرة

مادة (١١٢٤) لاتصح القسمة الا بافراز الحصص وتمييزها فلو قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة خذ انت ذلك الطرف وهذا الطرف لي لايكون قسمة .

حق هذا ان يقال ان شرط صحة القسمة معلومية الحصص فلو كانت مجهولة بطلت ، وتختلف الجهالة والمعلوميه باختلاف الاجناس فمعلومية المكيل والموزون بكيله ووزنه ومعلومية الارضين بمساحتها وذرعها

وهكـذا وقد تكفي المشاهدة في جملة اشياء كما تكفي في البيع .

وجهرة شروط صحة القسمة امور « ١ » الملكية اي ملكية كل واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلاً او بعضا مستحقا للغير بطلت في جمـلة من الصور كما سيأتي قريباً وكـذا لو ظهر وقفا فان الوقف لا يقسم نعم يقسم ويفرز عن الملك الطلق لو كان مشتركا معه (٢) المعلومية في الحصص فلو كانت مجهولة او بعضها بطلت (٣) تعـديل الحصص يعني التسـاوي وعـدم الغبن فلو تبين الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت (٤) الرضا من الشركاء او حـكم الحاكم او الوصي او الولي « ٥ » الطلب في قسمة القضا من بعض الشركاء « ٦ » قابلية المال المشترك للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المهمة من كل واحد من الحصص بذاته بعد القسمة « ٧ » كون المقسوم عينا خارجيـة لا دينا ولا حقاً .

هذه خلاصة ما اشارت اليه « المجلة » من الشروط في هذا الفصل اما « مادة : ١١٢٥ » شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة فاذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها .

فخلاصة ما تضمنه بيان الصور لظهور المستحق وهي محتاجة جدا الى التحرير فانها من شكاسة التعبير بمكان ، واليك البيان ، (١) ان يظهر المقسوم مستحقا للغير بتمامه والبطلان هنا لا يحتاج الى تبيان (٢) ان يظهر مستحق لجزء منه مشاع بنصف او ثلث وتبطل هنا ايضا لان كل حصة من المقسوم فيه حصة للغير فيكون تفريق حقه في

الحصص ضرراً عليه اللهم الا اذا رضي بذلك فتبقى القسمة بحالها ويكون شريكا لكل واحد منهم (٣) اذا ظهر مستحق لخصوص حصة معينة من الحصص المقسومة فتبطل القسمة طبعا وتعاد في الباقي للشركاء من رأس (٤) ان يظهر مستحق لمقدار معين في حصة معينـة من الحصص او لجزء مشاع فيها وهنا لا تبطل القسمة بل يتخير صاحب الحصة المستحق فيها بين امضاء القسمة والرجوع على الشركاء بنقصان ما اخذ المستحق منه وبين فسخ القسمة واعادتها من رأس (٥) ان يظهر مستحق لجزء مشاع في حصة واحد معين ولا تبطل هنا ايضا بل يكون لصاحب الحصة التي فيها الجزء المشاع خيار بين فسخ القسمة واعادتها وبين البقاء على الشركة مع المستحق الجديد واخذ النقصان من الشركاء .

« ٦ » ان يظهر مستحق لجزء معين من كلتا الحصتين او الحصص مع تساوي حقه في كل حصة وهنا تبقى القسمة بحالها و ياخذ المستحق حقه من الجميع « ٧ » ظهور المستحق لجزء معين في الحصتين او الحصص مع عدم التساوي والحكم هنا ايضا عدم البطلان ويتخير ارباب الحصص بين فسخها واعادتها من رأس وبين ابقائهـا ويرجع صاحب الحصة الناقصة على شريكه ذى الحصة الزائدة .

ومن مجموع ما ذكر تتضح جميع مواد هذا الفصل فتدبرها .



« الفصل الثالث »

في

بيان قسمة الجميع

عرفت ان مرادهم بقسمة الجمع قسمة الاعيان المتعددة على الشركاء المتعددين سواء كانت من جنس واحد كعشرين شاة او من اجناس متعددة كشياة وجمال فان كانت متحدة جرت فيها قسمة التراضي بلا اشكال بل وقسمة القضا من الحاكم كما في مادة « ١١٣٢ » — وكان ينبغي ان يضم اليها ايضا مادة « ١١٣٣ » فيقال الاعيان المتحدة الجنس تجري فيها قسمة القضا كما تجرى قسمة الرضا لعدم التفاوت بين افراد المثليات المتحدة الجنس كعدم الضرر باحد الشركاء ويكون كل واحد قد استوفى تمام حقه ،، ولا حاجة الى ذلك التطويل والاكثار من الامثلة .

مادة « ١١٣٤ » القيميات المتحدة الجنس - الى قولها - مثلا خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكأنما اخذ كل واحد منهما عين حقه .

الخدشة في هذا واضحة فان القيميات غالبا تختلف آحاد الجنس الواحد منها اشد الاختلاف وقلما تتساوى افرادها ، خذ مثلا الخمسمائة

شاة التي ذكرتها المجلة فانك قد لا تجد فيها شاتين متساويتين من حيث السمن اوالهزال واللون والصوف وغير ذلك فلا بد في قسمتها من التعديل ولا يصح قسمتها جزافا عدداً لكل واحد مائتين وخمسين من دون توازن بين الجيد والردي والسمين والهزيل ، ويمكن ان يقال ان القاعدة الكلية اوالغالبة ان القسمة في المثليات المتحدة الجنس قسمة جمع لا تحتاج الى تعديل واظهره في الموزون والمكيل وما عداها من القيميات اوالمثليات المختلفة تحتاج الى تعديل وهذا لازم في كل قسمة رضائية اوقضائية فان التعديل في القسمة ضروري الا ان يسقط احدهم حقه لشركائه اولبعضهم فتدبره جيدا ولا يشتبه عليك الامر كما اشتبه عليهم ومما ذكرنا تتضح بقية مواد هذا الفصل .

الفصل الرابع

مادة (١١٣٩) تفريق العين المشتركة وتبعيضها . . . .

ملاك صحة القسمة هنا أعني في الدار والعقار وكافة الأموال الغير المنقولة عدم حصول الضرر على احد الشركاء بالقسمة والمراد بالضرر هنا عدم امكان الانتفاع بالحصة انتفاعا معتداً به عند العرف وان كان في غير الجهة الاولى مثلا لو كانت الدار لا تنقسم الى دارين ولكن يمكن ان تكون دكانين في سوق دائر اوشارع عام فالاقرب صحة الاجبار على

القسمة ، وعدم الضرر كما عرفت معتبر فى كل قسمة غايته ان المتماثلات المتعددة لايحصل فى قسمتها ضرر غالبا بخلاف القيميات مثل الدار والعقارفانها مظنة الضرر فى الغالب ولذا يلزم فيها الرد للجبران والتعديل فى الاكثر ومن هنا يستبين لك الخلل فى مادة (١١٤٠) فان القسمة اذا كانت تضر بعض الشركاء وتنفع بعضهم لايمكن للحاكم ان يجبرهم على القسمة بصورة مطلقة كما يظهر من هذه المادة بل لابد من تدارك ضرر الشريك بالرد والجبران ، والا كان من القسم الذي لايمكن قسمته كما فى مادة (١١٤١) الى آخر هذا الفصل وكلها واضحة .

الفصل الخامس
فى
بيان كيفية القسمة

مادة (١١٤٧) المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل او من الموزونات فبالوزن . . . . يصير تقسيمه ،،

مواد هذا الفصل باجمعها قد ظهرت من الفصول السابقة وانما ذكرتها المجلة لمزيد البيان والتوضيح وما فيها مسلم وصحيح سوى ان الارض المشغولة بالاشجار والنخيل تلاحظ فى مجموعها القيمة فانها من القيميات ولا

تمسح الارض مستقلة وتذرع ويقوم ماعليها من الاشجار بـل يلحظ المجموع شيئاً واحداً .

الفصل السادس
فى
بيان الخيارات

من المعلوم ان القسمة بعد وقوعها جامعة للشرائط المتقدمة تكون لازمة ليس لواحد منهم فسخها الا ان يكون هناك سبب يستدعي جواز الفسخ وفى الحقيقة ان الخيار فى القسمة ليس كالخيار فى البيع يعنى ان لكل من المتبايعين فسخ البيع وان كان قد وقع صحيحا جامعاً للشرائط والخيار فى القسمة عبارة عن ظهور خلل فيها يكشف عن وقوعها فاسدة فان تراضوا بها فمعناه اسقاط حق والا فلكل منهم طلب نقضها واعادتها صحيحة ولذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح ولا يجري فيهاسوى الخيارات العامة كخيار الغبن والرؤية والعيب ممايكون مدركه فى الغالب وجوب دفع الضرر اومظنة الضرر كالجهالة الناشئة من عدم الرؤية اما شرط الخيار فيها الى ايام محدودة فلا يبعد صحته بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ان قلنا بعموم الشرط ولم نقيده بالعقود وعليه فيصح شرط الخيار فى المثليات وفى غيرها كما يجري خيار الرؤية فيها فلا وجه

لما فى مادة (١١٥٥) خيار الشرط والرؤية لايكون فى قسمة المثليات المتحدة الجنس الى آخرها ،، لما عرفت من ان عدم رؤية الحنطة قبل القسمة توجب جهالة المقسوم والجهالة تبطل القسمة كما عرفت لافرق في ذلك بين المثلي وغيره فكما لايجوز بيع الحنطة المجهولة كذلك لايجوز قسمتها .

الفصل السابع

في بيان فسخ الاقالة

سبق قريبا ان القسمة اذا وقعت جامعة للشروط تكون لازمة ليس لاحد الشركاء نقضها ولكن اذا اتفقوا على النقض كان لهم ذلك لانها حق لهم فقولهم « مادة ١١٥٧ » بعد تمام القسمة لايسوغ الرجوع يعني لاحدهم لا لجميعهم وكذا في مادة « ١١٥٨ » في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة الاكثر وبقي واحد فاراد احد اصحاب الحصص الرجوع ينظر ان كانت قسمة رضا فله الرجوع وان كانت قسمة قضا فلا رجوع .

فانهم اذا اتفقوا على الرجوع بعد القسمة او في اثنائها كان لهم ذلك كما صرحت به مادة « ١١٥٩ » .

اما اذا تبين الغبن الفاحش كما في مادة (١١٦٠) فكما لهم فسخها

لهم ابقاؤها، تدارك ضرر المغبون ولا يتعين الفسخ كما يظهر من عبارة المجلة وكذا في قضية ظهور الدين كما في مادة « ١١٦١ » .

الفصل الثامن

« في بيان احكام القسمة »

مادة « ١١٦٢ » كل واحد من اصحاب الحصص يملك حصته مستقلاً بعد القسمة لاعلاقة لواحد في حصة الآخر بعد وكل واحد يتصرف في حصته كيف شاء على الوجه الآتي .

يعني حيث لايكون لاحدهما حق في حصة الآخر من حق مرور اواعلى واسفل او غير ذلك وهذا امر طبيعي للقسمة وذكره مزيد توضيح نعم ماذكره في مادة (١١٦٣) من دخول الاشجار في قسمة الاراضي مع عدم ذكرها محل نظر اومنع الا ان تكون هناك قرينة حال او مقال على ارادة دخولها في الحصة ولا فرق في هذا بين الاشجار وبين الزرع والفاكهة وكون هذه معرضا للزوال والانتقال بخلاف الاشجار والآصال لايجدي الا اذا كان هذا المعنى ملحوظا للمتقاسمين ومع الاطلاق وعدم الذكر وعدم القرينة المعينة الرافعة للخصومة تكون القسمة فاسدة فهذه المادة والتي بعدها غير سديدة وذكر التعبير العام حين القسمة لايجدي الا اذا رفع الابهام ومنه يعلم حال

حق الطريق والمسيل وسائر الجهات والمتعلقات وبقية مواد هذا الفصل صحيحة سالمة من الاشكال .

الفصل التاسع

« في بيان المهاياة »

مادة « ١١٧٤ » المهاياة عبارة عن قسمة المنافع .

حقيقة المهاياة اتفاق الشريكين او الشركاء على توزيع المنفعة بينهم على حسب حصصهم في العين وهي معاملة جائزة لكل واحد فسخها متى شاء وليست هي قسمة حقيقية فانها لاتصح الا في العين لافى الدين ولا فى المنافع وحيث أنها اتفاق وتراض فتصيح فى المثليات كبعض الثياب والافرشة مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وفى القيميات كالدور والدواب ونحوها فلا وجه لما فى مادة (١١٧٥) المهاياة لاتجرى فى المثليات بل فى القيميات ليكون الانتفاع بها ممكنا حال بقاء عينها .

مادة (١١٧٦) المهاياة نوعان الى آخره .

يظهر منها ان المهاياة فى المكان فى قبال المهاياة فى الزمان مع ان المهاياة فى المكان يلزم ضبطها بالزمان رفعاً للجهالة ولكن بناء على ماذكرنا من انها معاملة جائزة لكل منهم فسخها متى شاء فالجهالة زمانا لاتضر فلو قال احدهما للآخر اسكن هذه الدار مدة وانا اسكن فى تلك مدة جاز وان

لم يعينا المدة نعم تعيين الموضوع من دار او دابة او غيرها لا بد منه طبعا ومنه يظهر مافى هذه المواد من خلل اعني مادة (١١٧٨) ـ ومادة (١١٧٩) فان المهاياة بقسيمها لا يلزم فيها تعيين الزمان نعم لا بد من تعيين المكان اما البدء فلو تشاحا فيه استخرجاه بالقرعة وكذا لو تشاحا فى المكان كما لو اراد كل منهما الدار المخصوصة او الغرفة المعينة ولكن الاصح ان المهاياة لا تأتي مع التشاح اصلا بل قوامها وملاكها الاتفاق والتراضي فاذا تشاحا فى جهة من جهاتها وشأن من شؤنها امتنعت وليس للحاكم ان يجبر عليها ولا معنى اصلا للجبر على المهاياة ولا دليل عليه وانما يصح الجبر على قسمة العين فقط عند التشاح وفى ظروف مخصوصة وبهذا ظهر المنع والخدشة فى مادة « ١١٨١ » ولا فرق فى ذلك بين متفقة المنفعة ومختلفتها فتدبره .

ومن هنا يظهر الوهن فى مادة (١١٨٢) ايضا فان الحق ان احدهما اذا امتنع عن المهاياة وطلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع لأنها قائمة بالرضا والاتفاق نعم يجبر على القسمة اذا كان المحل قابلا اما في المحل الغير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم اما على المبايعة او البيع على ثالث ولاحق له في جبرهما على المهاياة فلا وجه لما في مادة (١١٨٣) اذا طلب المهاياة احد الشريكين فيما لا يقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهاياة ؛ ولو كانت المهاياة لازمة ويصح الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما في مادة (١١٨٤) كل ماينتفع العامة باجرته من العقارات المشتركة كالسفينة والطاحون — الى قولها : لكن اذا زادت غلتها

اي اجرتها في نوبة احدهم تقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص ،،،
فان زيادة المنفعة حينئذٍ تكون من نصيبه قضاءً للزوم المهاياة فرجوعها
الى اصحاب الحصص دليل على ان الشركة حتى في المنافع باقية على حالها
وليس الا الاباحة اما — مادة « ١١٨٥ » من جواز ان يوجرها لغيره
فالاصح انه انما يصح ايجارها اذا رضي الشركاء بذلك والا فهو ممنوع
ولا يجوز له ذلك .

مادة « ١١٨٦ » بعد ان حصلت المهاياة على استيفاء المنافع
بدء الى آخرها ،،،

حاصل هذه المادة المستطيلة ان المهاياة اذا حصلت على استيفاء
المنافع وكانت غلة احد الشركاء في نوبته اكثر فليس للباقين
مشاركته بالزيادة اما اذا كانت على الاستغلال من اول الامر
وكانت غلة احدى الدارين مثلا اكثر لم يشاركه الآخر في الزيادة .

والظاهر ان هذا الحكم تحكم صرف ولا يكاد يظهر وجه صحيح
للفرق بين الصورتين والحق المشاركة فيهما مع الاطلاق امام الشرط
فهو المتبع ان قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائية اى التي لا تتم
ضمن العقود اللازمة نعم للشركاء ان يسقطوا حقهم من الزيادة وهذا
امر آخر لا دخل له بالمهاياة فتدبره جيداً .

مادة (١١٨٧) لا تجوز المهاياة على الاعيان فلا تصح المهاياة على
ثمرة الاشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها الخ ،،،

بعدما عرفت ان حقيقة المهاياة الاتفاق والرضا من الشركاء

على توزيع المنافع واباحة كل منهم للآخر منفعة حصته على التبادل ـ يتضح لك انه لامانع من المهاياة في الامثلة المذكورة اجمع وهي وان كانت اعيانا ولكنها في نظر العرف منافع فان منفعة الشجرة ثمرتها ومنفعة الشاة صوفها ولبنها وحليبها وهكذا، ولذا جازت اجارة الشاة والشجرة باعتبار تلك المنافع وكذا تجوز العارية فيها مع ان الاجارة والعارية لايتعلقان بالاعيان الا باعتبار منافعها كما مر موضحا في كتاب الاجارة والعارية ـ اذاً لامانع من المهاياة في الشجرة المشتركة بان يكون سنة لهذا وسنة للآخر وهكذا الزرع والبقرة والشاة غايته انها لو لم تثمر في السنة الثانية يرجع على الشريك فيما استوفاه لما عرفت من انها جائزة واباحة مقيدة باباحة مايقابلها من المنفعة فهي تشبه المعاوضة بل هي في الحقيقة معاوضة ارتكازية فاذا لم يسلم العوض لاحدهما عادت الشركة الى حالها ولم يكن هناك تمليك حتى يقال انه قدملكه حصته من المنفعة فلا وجه للرجوع عليه بل هي اباحة باباحة ولكنها مقيدة مشروطة ضمنا فتدبره جيداً فانه ثمين .

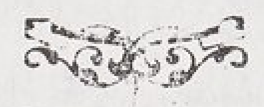
مادة (١١٨٨) وان جاز فسخ المهاياة الحاصلة بالتراضي لاحد الشريكين لكن اذا آجر احدهما في نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهاياة مالم تنقض مدة التواجر .

عرفت ان الشريك ليس له الاجارة في المهاياة المطلقة بل هي منصرفة الى الانتفاع مباشرة نعم لو اجاز له صريحاً ان يؤجر صح والفرض ان المهاياة معاملة جائزة فهل له بعد الاجارة ان يرجع جريا

على حكم المهايأة ام ليس له ذلك لان الاجارة عقد لازم وقد وقعت باذنه وجهان واوجه منهما الجمع بين الامرين فيقال ان له فسخ المهايأة وتبقى الاجارة للاجنبي على حالها لانها وقعت برضا الشريكين وتكون الاجرة في المدة الباقية لهما معاً .

مادة (١١٨٩) وان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي .

عرفت ان المهايأة لا مجال لدخول الحاكم وحكمه فيها ولكل واحد منهم فسخها متى شاء فضلا عن اتفاقهم ، ومنه يعلم الخلل في مادة (١١٩٠) ومادة (١١٩١) فان لكل واحد من الشركاء فسخ المهايأة سواء اراد بيع حصته او اراد ان يعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب والحاكم معزول هنا بتاتا ، كما انها بموت احد الشركاء تبطل قطعا و (القصارى) ان اصحاب [المجلة] يرون ان المهايأة كالقسمة لازمة او كعقد لازم كما يشعر به تعريفهم لها بانها قسمة المنافع ولكنها دعوى لا تستند على دليل وليست هي من القسمة في شيء وان اشبهتها في بعض الشيء فخذها حقيقة ناصعة ولا تتوهم كما توهموا ولله المنة ومنه التوفيق .



الباب الثالث

في

﴿ بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران ويشتمل على ﴾

﴿ اربعة فصول ﴾

ألفصل الاول

فى

﴿ بيان بعض قواعد في احكام الاملاك ﴾

مادة (١١٩٢) كل واحد يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ـ الى قولها فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضرا الا باذن الآخر ولا ان يهدمه بنفسه .

كل مافى هذه المادة صحيح واذا انهدم الفوقاني يشتركان فى عمارته لان منفعته تعود لهما واذا عمراه يكون ملكا لهما .

مادة (١١٩٣) واضحة وقد تقدم حاصلها فى مباحث الشركة

مادة (١١٩٤) كل من ملك محلا صار مالكا مافوقه وما تحته

ايضاً – الى آخرها ، يعني ان من يملك عقاراً بوجه مطلق يكون له من تخوم الارض الى عنان السماء وله ان يتصرف في اعلاه واسفله كيف شاء من حفر بئر في باطن الارض او بناء منارة الى السماء نعم لايجوز أن يمتد تصرفه الى فضاء جاره كما في مادة « ١١٩٥ » من احدث في داره بيتا فليس له ان يبرز رفرفه على هواء دار جاره .

مادة « ١١٩٦ » من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره فللجار ان يكلفه بتفريغ هوائه بالربط اوالقطع لكن اذا ادعى الجار ان ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه لاتقطع الشجرة » ،

ان كان المراد ان الجار الذي امتدت اغصان الشجرة الى بستانه يدعي ان ظلها مضر بمزروعاته واثبت ذلك فالقطع هنا اولى من الصورة الاولى التي اوجبت المجلة الربط اوالقطع فيها كما هو واضح وان كان المراد أن صاحب الشجرة الممتدة الى الجار يدعي ان قطعها يضر بمزروعاته فالحكم بانها لاتقطع لاوجه له لان دفع ضرره لايسوغ له التصرف في ملك الغير بغير حق فهذا الحكم جزافي على كلا التقديرين .



الفصل الثانى
فى
﴿ بيان حق المعاملات الجوارية ﴾

مادة « ١١٩٨ » كل احد له حق التعلى على حائط ملكه وبناء مايريد وليس لجاره منعه » »

« الضابطة العامة » في تصرف الانسان بملكه - ان كل احد له ان يتصرف كيف شاء بملكه بشرطين ان لايكون ملكه متعلق حق للغير ، وان لايكون موجبا لضرر الغير وعدا ذلك فجميع تصرفاته مباحة له ؛ وتقييد الضرر بالفاحش لاوجه له بل قاعدة نفي الضرر الحاكمة على قاعدة السلطنة تقتضي منع كل ضرر واضرار بالغير غايته ان بعض افراد الضرر لقلته وحقارته لايعتد به عند العرف ويعد كلا ضرر وتشخيص مصاديق الضرر وتمييز المعتد به من غيره والفاحش من غيره موكول الى العرف واهل الخبرة ولكل حادثة حكمها ، ولكل بلد تقاليدها ، ولكل زمان اطواره ، وليس لذلك قاعدة كلية مطردة بل يختلف الضرر باختلاف المكان والزمان والاشخاص والبلدان وماذكرته « المجلة » في مادة « ١٢٠٠ من امثلة الضرر الذي يجب رفعه مبنى على

الغالب والا فقد لا يعد في بعض القرى او البلدان مثل تلك الامور ضررا كما ان ماذكر في مادة « ١٢٠١ » من ان منع دخول الشمس وسد الهواء ليس ضررا وليس فاحشا غير مطرد بل الغالب انه ضرر فاحش بل افحش لان سد الهواء ومنع الشمس يوجب الامراض المهلكة والحياة التعيسة كسد الضياء ، وما ذكروه فى مادة (١٢٠٢) رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ و البئر يعد ضررا فاحشا الى آخره - لا يعد ضررا فضلا عن كونه فاحشا عند كثير من الامم التي لا تعرف الحجاب ولا تلتزم ببعض التقاليد والآداب ولا تتحاشى من تطلع جارها على دارها وهكذا ،،،

والغرض ان المجلة نظرت الى حال الشرقيين بل الى حال البعض منهم وتقاليدهم وعاداتهم والا فالقضية غير كلية واناطتها بنظر الحاكم واهل الخبرة فى كل بلد اوقرية حسب اوضاعهم وخلايقهم واخلاقهم اصح واوضح اما - مادة «١٢٠٧» وما بعدها الى « ١٢١٠ » فجميعها يبتنى على قاعدة « القديم على قدمه » فاذا احدث رجل دار اوجاره شبابيك قديمة فليس له سدها لان القديم على قدمه وهكذا فى امثاله مما يطول تعداده ، واما - مادة « ١٢١٠ » ومادة « ١٢١١ » فهما مبنيان على قضية الشركة وحيث ان الحائط مشترك فليس لاحدهما ان يتصرف فيه بدون اذن الآخر فرفع الجذوع الى الاعلى لايجوز فان الاعلى ليس له نعم له ان يخفضها الى الاسفل لان الاسفل له .

« الفصل الثالث »

في

الطريق

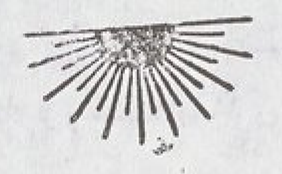
اقحام هذا الفصل والذي بعده في هذا الباب اعني باب قواعد احكام الاملاك لاوجه له فان الطريق ليس من الاملاك لا العامة ولا الخاصة بل الطرق من المباحات العامة ومنفعتها الخاصة وهي المرور حق لكل البشر ولكنه حق الانتفاع لا المنفعة كما سبق بيانه فوجوب رفع الاشياء المضرة بالمارين هي من احكام الطرق لا من احكام الاملاك نعم احكام الطريق الخاص قد تدخل في هذا الباب باعتبار كونها ملكا او تشبه الملك ، وقد حكمت المجلة في مادة « ١٢٢٣ » انه لا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه ولو اتفقوا ولا يسوغ ان يقسموه بينهم ولا يسدوا فمه ، ولكن الظاهر من بعض فقهائنا انه حق لهم فلو تبايعوه بينهم او اقتسموه كان لهم ذلك وهو اقرب الى الاعتبار ولا ينافيه ان فيه حق المرور لكل احد فان هذا الحق لهم مادام الطريق مفتوحا اما اذا زال فلا حق لهم وتسمى هذه الطرق عندنا بالطرق « المرفوعة » ولعلها لارتفاعها عن الطريق العام او لغير ذلك

* * *

الفصل الرابع
في
﴿ بيان حق المرور والمجرى والمسيل ﴾

مواد هذا الفصل كلها تبتني على ثلاث قواعد (١) قاعدة (الضرر يزال) (٢) (القديم على قدمه اذا كان مشروعا) (٣) (المبيح له الرجوع عن اباحته متى شاء) فلو اذن صاحب العرصة بالمرور فيها لشخص له الرجوع عن اذنه متى شاء مهما طالت المدة فان قاعدة القديم على قدمه انما تعتبر في الامور المشروعة المجهولة السبب عند جيلنا اما لو علمناه فالحكم للسبب لا للقدم مثلا لو وجدنا دارا يجري عليها ميزاب من دار الغير وهو قديم فنحكم بلزوم بقائه من جهة قدمه امالو علمنا اوظهرت ورقة او بينة بان صاحب الدار اباح للجار وضع الميزاب على داره وقد رجع عن اباحته فلا ريب ان قاعدة القديم تسقط والعمل على قاعدة الاباحة والرجوع فيحكم الحاكم برفع الميزاب وهذا نظير قضية (اليد) التي هي من اقوى الامارات على الملكية ولكنها انما يعتمد عليها حيث تكون مجهولة السبب اما لو علم سببها فالعمل على السبب مثلا لو وجدنا دارا بيد شخص تلقاها من ابيه وجده وادعاها آخر نحكم بانها لصاحب

اليد حتى تقوم الحجة على انها ليست له اما لو ظهر من امارة او بينـة انه قد استأجرها جده من اجداد المدعي او اباحها له فان اليد تبطل ويطالب بالبينة على انها قد انتقلت بناقل شرعي والحاصل ان الامارات والقواعد جاها او كلها انما تكون معتبرة حيث تكون مجهولة السبب وهذه فائدة ثمينة فاحتفظ بها ، ولله الفضل والمنة ومنه نستمد التوفيق



الباب الرابع
في
بيان شركة الاباحة ويشتمل على سبعة فصول

الفصل الاول
في
بيان الاشياء المباحة وغير المباحة

مادة(١٢٣٤) الماء والكلأ والنار مباحة والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء .

قد عرفت فيما سبق ان الشركة هنا لغوية لا بمعناها المصطلح بل الاشتراك هنا بمعنى عموم الحكم لعامة البشر فاباحة الانتفاع والتملك لشيء من هذه المواد الحيوية عام لجميع الانام كعموم سائر الاحكام والاصل في هذا — الحديث النبوي المشهور — : الناس شرع سواء في ثلاثة اشياء الماء والكلاء والنار .

والمباحات العامة اكثر من ذلك كالصيد والاحطاب وثمار الاشجار في الغابات وغير ذلك كما سيأتي .

ولا ريب ان المراد اشتراكهم فيه قبل حيازة احد لشيء منه فالماء الذي نقله انسان من الفرات وشبهه مملوك له انما المباح العام هو ماء الفرات في مجاريه ومجارى السيول والقنوات العادية فليس لاحد منع غيره من الاستقاء منها والحيازة اما الذى يحوزه انسان في نهر صغير في ارضه او داره او بستانه فقد ملكه ولا يجوز الاخذ منه بغير اذنه ومثله الكلام في الكلاء وهو النبات في الاراضي الواسعة والغابات بل واشجارها وثمارها او اشجار الجبال والأودية قبل حيازة احد لشيء منها وكذلك النار فلو اوقد انسان نارا في فلاة من الارض فليس له ان يمنع غيره من الاستضاءة بها او التدفئة بالقرب منها او الاقتباس من جذوتها نعم ليس له ان يحمل جمرة منها اوفحمة خشب منها لانها مملوكة لموقدها فلا يجوز أخذها الا باذنه كما انه لواوقد نارا في داره ليس لاحد ان يدخل الدار للتدفئة اوالاستضاءة بدون اذنه بخلاف مالو كانت في صحراء مباحة كما في مادة « ١٢٦١ » الآتية ؛ ومن مادة « ١٢٣٥ » الى مادة « ١٢٤١ » كما ان الكلاء النابت في الاراضي التي لاصاحب لها مباح كذلك الكلاء النابت في ملك شخص بلاتعاطي سببه ايضا مباح الى آخرها .

هذا التقسيم سقيم وتحكم بلا دليل حتى من قياس ونحوه فاز النابت في ملك انسان ولو من غير سببه يدخل في ملكه قهراً كما نبعت عين ماء فى ارضه او فى داره اوظهر معدن فيها ونحو ذلك م لا اشكال فى صيرورته ملكا له سواء تعاطى ايجاد السبب املا فلواذ

لشخص بالدخول الى داره او عقاره فدخل لم يجز له ان يتصرف بشيء من ذلك النبات او الماء الا باذن خاص من المالك كالاشجار النابتة من نفسها فى ملك انسان حسبما نصت عليه مادة « ١٢٤٤ » الاشجار النابتة بلا غرس فى ملك احد هي ملكه ليس لاحد ان يحتطب منها الا باذنه فان يفعل يكن ضامناً .

وهذا صحيح لامرية فيه انما العجب هو التفرقة بين النبات فهو مباح وبين الشجر فغير مباح مع اتحاد الملاك فى المسألتين فليتدبر .

مادة « ١٢٤٧ » الصيد مباح .

يعني انه من المباحات العامة اذا لم يكن قد صاده احد قبل ذلك اما لو صاده وكان من عادته العود فلا اشكال فى حرمة صيده اما لو لم يكن من عادته العود فمحل اشكال ويجوز حمل الصيد على المصدر كما يجوز حمله على اسم العين وسيأتي بيان احكام كل واحد منهما فى الفصل السابع

الفصل الثانى

مادة « ١٢٤٨ » اسباب التملك ثلاثة (الاول) النقل من مالك الى مالك آخر كالبيع . . . .

قدمنا لك في بعض الابحاث السابقة ان اسباب الملك نوعان قهرية واختيارية وتحت كل نوع من هذين اصناف واظهر اسباب

التملك القهري — الارث — والجنايات والاروش والنذور وما الى ذلك ، واظهر اسباب التملك الاختيارى الاكتساب والبيع والشراء والصيد والحيازة واحياء الموات وما الى ذلك ولا حاجة فى امثال الصيد والحيازة الى وضع اليد لاحقيقة ولا حكما بل المدار على صدق الاستيلاء عرفا ومنه التحجير الذي يثبت به حق اختصاص في المباح الى امد معين اما لو نصب شبكة فوقع الصيد فيها فقد ملكه بالاستيلاء حقيقة ولا يجوز لغيره ان يتصرف به بدون اذن الحائز الاول ولو اتلفه كان ضامنا كما في مادة « ١٢٤٩ » كل من احرز شيئاً مباحا كان مالكا له مستقلا الى آخرها .

مادة « ١٢٥٠ » كون الاحراز مقرونا بالقصد لازم .

هذا البحث مبتور هنا ، وحقه ، ان يقال ان التملك بالاحياء مشروط بشروط « ١ » انتفاء يد الغير فلو كان على الارض يد معتبرة شرعا لم يصح للغير احياؤها « ٢ » عدم ملك سابق لمسلم اومعاهد فلو كانت مملوكة لاحدهما ولم يتحقق الاعراض او السبب المزيل لم يجز احياؤها بناء على عدم بطلان الملكية بالموتان « ٣ » ان لايكون حريما لعامر « ٤ » ان لايكون مشعراً للعبادة كمنى والمشعر وعرفة ونحوها « ٥ » ان لايكون متعلقا به حق الغير فلا يكون مما اقطعه الامام او السلطان لاحد المسلمين او غيرهم فانه يكون اولى به ولا محجراً اي قد شرع احد في احيائه بوضع علامة من مرز اوحفر نهر اونحو ذلك « ٦ » ان يكون الاحياء او الحيازة بقصد التملك فلو فعل احد الاسباب

بدون قصده او بقصد غيره لم يملك والظاهر الاتفاق على هذه الشروط ولا ينافي شرطية قصد التملك ماذكرناه من ان الحشيش النابت في ارض شخص او داره ملك له وان لم يعمل سببه فان ملكية هذه الاشياء بالتبعية لا بالحيازة والاحياء وهو ظاهر وهناك شرطان آخران لم يتحقق الاتفاق عليهما وان ذهب الى اعتبارهما جماعة وهما اشتراط اذن الامام عند حضوره او نايبه عند غيبته «والثاني» تحقق الاحياء وتماميته فلا ملكيـة الا بعد صدق كونه قد احياها عرفا ، ولا بأس بهذين الشرطين وان كان الدليل عليهما غير ظاهر ، وسيأتي ذكر بعض هذه الشروط في الفصل الخامس ـ اما مادة « ١٢٥١ » يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر التي ينز مافيها من الماء لايكون ماؤ محرزا فلو اخذ شخص من الماء المجتمع في هكذا بئر تنز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لايلزمه الضمان الخ ـ لم اعرف وجهه فان البئر اذا كانت مملوكة لشخص فماؤها ملك له لايجوز لغيره ان ياخذ منه بدون اذنه انقطع جري الماء او لم ينقطع وهكذا الحوض اما اذا لم تكن مملوكة لشخص فهي من المباحات يجوز لكل احد الاخذ من مائها انقطع جريها ايضا ام لا ، ودعوى ان الماء الذي لاينقطع جريه يستمد قوته من المياه الجارية تحت الارض وهي غير مملوكة ، فسادها غني عن البيان .

الفصل الثالث

في

﴿ بيان احكام الاشياء العمومية المباحة ﴾

جميع مواد هذا الفصل واضحة لامناقشة فيها وقد تقدم بعضها وهي من لوازم الاباحة العامة .

الفصل الرابع

في

﴿ بيان حق الشرب والشفعة ﴾

وجميع مواده ايضا واضحة جلية المدرك ، نعم في مادة « ١٢٦٨ » يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود سواء كان حوضا او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول في ملكه لكن اذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطالب او اعطائه الرخصة بالدخول لاجل اخذ الماء وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء .

فانه ـ لايخلو من اشكال فان اجبار المالك على اخراج المـاء

او الدخول قهراً عليه الى داره كل ذلك مناف للقواعد العامة كقاعدة السلطنة ونحوها ولكن يمكن لولي الامر او نائبه العام او الخاص ان يجبر المالك كذلك نظراً للصالح العام وحفظ النظام واستبقاء حياة النفوس وان كان مخالفا للقواعد العامة الا انه لو اقتحمنا هذه العقبة الكؤد وقلنا بجوازه ونحن نرجح دخوله فلا بد من دفع القيمة ويكون كقضية الاكل في المخمصة فليتدبر .

الفصل الخامس

في

احياء الموات

مادة ١٢٧٠ الاراضي الموات هي التي ليست ملكا لاحد ولا هي مرعى ولا محتطب الخ .

ذكرنا قريبا شروط التملك بالاحياء ومنه يتضح لك حدود الارض الموتان التي يجوز احياؤها حتى تصير ملكا لمحييها واقرب تعريف للارض الميتة انها هي التي لاتصلح للزرع بحالتها الحاضرة بل تحتاج الى علاج غير الحرث والسقي اما لكونها مغمورة بالماء كالاهوار والاجم او لبعد الماء عنها فتحتاج الى شق نهر او آلة موصلة وامثال ذلك ومع هذا فارجاع ذلك الى العرف اقرب الى الصواب ، اما اشتراط بعدها

عن اقصى العمران كما في هذه المادة فغير لازم نعم ان كان ذلك الموات من مرافق البلد ومحل حاجتها ولو في بعض السنة فصلا عما لو كان مرعى او محتطبا ومحتصدا فلا اشكال في عدم جواز احيائه لانه حريم العامر وكذا لو كان حريما لبئر البلد وامثال ذلك كما سبق ذكره ونصت عليه مادة « ١٢٧١ » الاراضي القريبة الى العمران الخ ،،،

اما لو خلت من كل ذلك جاز احياؤها وان كانت متصلة بالبلد او العمران فتدبره .

مادة « ١٢٧٢ » اذا احيا شخص ارضا مواتا بالاذن السلطاني صار مالكا لها الخ ،،،

يظهر من هذه المادة ان اصحاب المجلة يعتبرون اذن السلطان شرطا في التملك بالاحياء وقد تقدم ان بعض فقهائنا يعتبر هذا الشرط ايضا ولكنه خلاف اطلاق الحديث المشهور (من احيا ارضا فهي له) نعم بناء على ان الموات من الانفال التي هي لله ولرسوله كما يدل عليه الحديث المشهور (موتان الارض لله ولرسوله فمن احيا ارضا ميتة فهي له) يكون اذن الامام او نايبه شرطا ولا ينافيه الاطلاق انها للمحيي فان المراد منه ان المحيي بشروطه يكون مالكا اذ لا ريب ان ليس كل من احيا يملك وعلى كل فاستيذان الامام او نائبه الخاص او العام ان لم يكن اقوى فلا ريب انه الاحوط .

مادة (اذا احيا شخص ارضا مواتا وبعده جاء آخرون ايضا واحيوا الاراضي التي فى اطرافها الاربعة) الخ .

بل ليس للآخرين ان يحيوا طريق المحيي الأول لانه من مرافقه ولوازمه فيملكه بالتبع ولا يجوز لغيره التعرض له .

مادة « ١٢٧٧ » وضع الاحجار او الشوك — ليس باحياء ولكنه تحجير .

الفرق بين الاحياء والتحجير واضح مفهوما وحكما فان التحجير هو الشروع في مقدمات الاحياء اووضع علامات حيازة الارض وان لم يكن لها دخل بالاحياء اما الاحياء فهو صلاحية الارض فعلا للزرع اي لالقاء البذر فيها وسقيه وحكم الاحياء حصول الملكية به اما التحجير فتحصل به الاولوية ولكنه حق يورث يصح المصالحة عليه واخذ المال بالمعاوضة عليه نعم يمهله حاكم الشرع او السلطان حسبما يراه ولا يتقيد بسنة او ثلاث بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف والاحوال فان لم يكمل احياءها في تلك المدة يسقط حقه وينتزعها منه و يدفعها لغيره وبهذا يتضح مافي المواد الباقية في هذا الفصل من مادة « ١٢٧٨ » الى مادة « ١٢٨٠ » .

الفصل السادس

(في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والاشجار المغروسة)
(بالاذن السلطاني في الاراضي الموات)

مادة « ١٢٨١ » حريم البئر يعني حقوقها من جهاتها من كل طرف

اربعون المراد ان من حفر بئرا في ارض موات فانه يملك من كل جهة من جهاتها الاربع اربعين ذراعا تسمى حريما للبئر كما ان حريم العين المستخرجة خمسمائة ذراعا ، اما الذي ذكره فقهاؤنا في هذا المقام فهوان حريم الطريق شارعا او غيره الى الاملاك اوغيرها خمسة وقال الاكثر سبعة فلا يجوز الاقل ويجوز الاكثر بل قد يجب عند الحاجة ، وحريم العين الف ذراع فى الارض الرخوة وخمسمائة في الصلبة بمعنى انه لايجوز لغيره ان يستخرج عينا في هذه المساحة فان احياها كانت له والا جاز لغيره احياؤها ولازمه جواز استخراج بئر اخرى للآخر ، وحريم بئر الناضح اى البعير الذى يسقي الزرع ستون ذراعا وبئر المعطن اي البئر التي تسق الابل منها وتشرب من مائها اربعون ذراعا وحريم الحائط والدار مطرح الآته من تراب ورماد وكناسة ونحوها وكل هذه المقادير بين ماورد رواية به وبين مااقتضاه الاعتبار والعرف ولذا اهمل بعض الفقهاء اعتبارها وارجع التقدير الى حد الضرر فلكل واحد من تلك العناوين من الارض حولها ماتقتضيه حاجته عرفا وما يستلزم تطرق الضرر عليه في الاقل منه وليس هنا تعبد شرعي بمقدار معين بل الاحاديث الواردة في هذه المواضع ناظرة الى العرف في تلك الاعصار فالاصح اناطة ذلك الى نظر اولياء الامور الصالحين المصلحين حسبما تقتضيه المصالح العامة والخاصة وهي تختلف باختلاف الازمان والبلدان والظروف والاحوال مع التجرد عن الاغراض والاخلاص لله تعالى وللأمة في النية والعمل والله ولي التوفيق وهو العالم بالسرائر .

مادة (١٢٨٨) اذا حفر شخص بئراً في خارج حريم بئر فذهب ماء البئر الاولى الى الثانية فلا شيء عليه .

هذا اذا لم يعد بنظر العرف تسبيباً لمنع الماء عن الاولى والافهو مشكل وكذا في قضية الدكان .

الفصل السابع
في
بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد

مادة « ١٢٩٢ » الصيد جائز ...

المشهور عند فقهائنا ان صيد اللهو حرام وسفره سفر معصية يوجب التمام وانما يحل الصيد اذا كان للكسب والتجارة او القوت وهو من المباحات العامة التي تملك بالحيازة ولا يكون الا للحيوان الممتنع وهو لا يخلو اما ان يكون في الهواء او في الماء او على الارض ولكل واحد من هذه المواضع الآت تخصها والآت تشترك فيها وقد ذكرت « المجلة » في هذه المادة بعضا من المختصة والمشتركة فالالآت الجارحة كالرمح والسهم والبندقة تشترك في صيد ما في الهواء وما في الارض ويختص الكلب والجوارح بصيد ما على الارض وتشترك الشبكة بصيد ما في

الارض ومافى الماء ، ثم ان المجلة لم تستوف شروط حلية الصيد وهي اهم مافى المقام فنقول ان الآلة اذا اصابت الصيد فان بقي حيا وادرك حياته وكان مأكول اللحم لم يحل اكله الا بتذكيته الشرعيـة وان مات واستندموته الى تلك الآلة حل اكله ولكن بشروط « ١ » ان يكون الحيوان حلال الاكل كالبقر الوحشي والحمر الوحشية والوعل والغزال لا كالثعالب والارانب ونحوها من الوحوش وان حل استعمال جلودها بالتذكية « ٢ » التسمية عند ارسال الكلب او اطلاق السهم او البندقة فلو لم يسم عمداً حرم الصيد اذا لم يدرك ذكاته ولو نسيها حل « ٣ » القصد الى الصيد فلو رمى لاهيا فاصاب حيوانا لم يحل « ٤ » ان يكون المرسل مسلما فلو كان كافراً لم يحل « ٥ » ان يقتل السهم وما بحكمه من الالآت بحده لا بثقله يعني ان يكون محددا ولو من غير نصل فيخرق الجلد واللحم ويقتل الصيد (٦) ان ان لايغيب عنه وحياته مستقرة فلو غاب ثم مات ولو بعد ساعة ولم يعلم ان الموت استند الى الكلب او السهم لم يحل (٧) ان يستند الموت الى الكلب او الآلة فلو اصابه السهم وتردى من شاهق او وقع فى نهر فمات غرقا لم يحل (٨) ان لايكون الحيوان مملوكا فلو ظهرت عليه آثار الملكية كجرس فى رجله او طوق فى عنقه لم يحل صيده ولا اكله ، ومماذكرنا يظهر مافى مواد هذا الفصل من المجلة مثل مادة (١٢٩٣) الصيد هو الحيوان المستوحش من الانسان ، ، ، فان المدار ليس على استيحاش الحيوان بل المدار على كونه ممتنعا بذاته لقدرته على الطيران

بجناحه او العدو برجله فالحمام الذي يأوي الى البيوت ويسكن فيها مع اهلها مستأنس غير مستوحش ومع ذلك يجوز صيده .

ومثل مادة (١٢٩٤) كما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد كذلك الحيوان البري المستأنس بالانسان لا يصاد ـ بناء على ذلك الحمام المعلوم انه غير بري بدلالة امثاله او الصقر الذي برجله الجرس او الغزال الذي فى عنقه الطوق اذا امسكها احد تكون من قبيل اللقطة فيلزمه الاعلان بها كي تعطى لصاحبها .

فانها مختلة منحلة ـ ضرورة ان الحمام والصقر والغزال الحاملة لتلك العلائم والاوسمة انما لم يصح صيدها لانها مملوكة للغير لا من جهة انها مستأنسة بالانسان ألا ترى أن الحمام المستأنس فى بيوت الناس يصح صيده اذا لم يكن عليه علامة ملك سابق فالاستيناس والتوحش لا ربط له بقضية الصيد اصلا انما المهم ان لا يكون مملوكا وان يكون ممتنعا كما فى مادة (١٢٩٥) شرط الصيد كونه ممتنعاً عن الانسان الخ ، وهذا اي الامتناع هو المدار فى ملكية الصيد فمن رمى حيوانا واصابه بحيث لا يقدر على الفرار وزال منه قدرة الامتناع ملكه والا فلغيره ان يصيده ويملكه كما فى مادة (١٢٩٧) الصيد لمن امسكه . . . .

مادة (١٣٠٠) فى ساقية شخص وجدوله سمك لا يمسك من غير صيد فللآخر ان يمسكه .

كلا ـ فقد عرفت ان كل مال فى ملك الانسان غير مملوك

لأحد فهو ملك له بالتبعية سواء اعمل السبب في وجوده أم لا فلا يحل لاحد ان يملك شيئاً هو في بئري او نهري او ارضي او جدولي وهكذا امثال ذا .

(١٣٠١) شخص هيأ محلا في حافة الماء لاجل صيد السمك الى آخرها ؛ ؛ ؛

لاتخلو من اشكال فان حفر الحفيرة كنصب الحظيرة بقصد صيد السمك موجب لملكية كل ما يدخل فيها لصاحب الحفيرة او الحظيرة سواء كان الماء كثيراً او قليلا محتاجا الى الصيد اولا .

(١٣٠٢) اذا دخل صيد دار انسان فاغلق بابه لاجل اخذه يصير مالكا لكن لا يكون مالكا بلا احراز .

اغلاق الباب والاحراز لايكفي حتى يقبضه او يدخله في قفص فلو أغلق الباب ثم فر الطير قبل امساكه كان مباحا وللغير ان يصيده بخلاف مالو امسكه فقد ملكه ولو فر لم يجز لغيره صيده ولوصاده ارجعه الى الاول .

مادة « ١٣٠٣ » اذا وضع شخص شيئاً ماكالشرك والشبكة لاجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص لكن اذا نشر شبكة لاجل جفافها ووقع فيها صيد فلا يكون له .

وذلك للقصد فى الاول وعدمه فى الثاني وكذلك فى المثال الثاني

مادة (١٣٠٤) اذا اتخذ حيوان وحشي فى بستان عشاً الى آخرها .

تقدم الكلام فى نظائرها فلا تغفل .

الباب الخامس
فى
بيان النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين

الفصل الاول
في
بيان عمارات الاموال المشتركة وسائر مصارفها

جميع مواد هذا الفصل ضرورية واضحة لا كلام فيها نعم مادة (١٣١٢) اذا طلب شخص عمارة الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعا وعمره بدون اذنه يكون متبرعا يعني لايسوغ له الرجوع على شريكه بحصته وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناء على مادة (٢٥) لايجبر على العمارة لكن يجبر على القسمة .

مادة «٢٥» هي الضرر لايزال بمثله — ولا ربط لها بالمقام فان عمارة الشريك للدار المشتركة مثلا ليس من الضرر اصلا بل هو اصلاح

ونفع فقد دفع الضرر عن نفسه وعن شريكه ولكن لايضرر شريكه بل ينفعه وبالجملة فاذا عمر باذن الحاكم استحق الرجوع على شريكه بلا اشكال ولو عمر بدون اذنه ودون اذن الحاكم فلا رجوع وهذه قاعدة مطردة فى هذا الباب ومنه يظهر الوهن فيما ذكروه فى مادة (١٣١٣) — وان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ماصرف ولكن له ان يستوفى المقدار الذي اصاب حصة شريكه من قيمة البناء — ،، فان المتصرف بدون اذن المالك والشارع متبرع لاحق له الا فى احوال استثنائية وضرورات فرضية فليتدبر، والقاعدة المطردة في باب الشركة ماسبقت الاشارة اليه غير مرة من ان الشريكين ان اتفقا على اجارة او عمارة او سكنى او غير ذلك فهو والا فالمرجع الى حاكم ليحكم بالحق فيما بينهم ويحل عقدة الخصومة فان تصرف احدهما بدون اذن الشريك واذن الحاكم فتصرفه باطل لايستحق عوضا عليه ولا اجراً ولا اجرة وهذا مطرد في ملك كل مشترك من دار وعقار وحيوان وغيرهما فليتدبر

الفصل الثانى
فى
حق كري النهر والمجاري واصلاحها

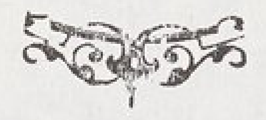
مادة « ١٣٢١ » كرى النهر الذى هو غير مملوك اصلاحه على

بيت المال فان لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كريه .

انما يجبر الناس على كريه اذا كان نفعه يعود اليهم اما لو لم يكن لهم فيه منفعة فلا وجه لجبرهم .

مادة (١٣٢٥) النهر العام مملوكا او غير مملوك ان كان في حافة ارض لاحد وليس من غيرها طريق فللعامة المرور من تلك الارض لاجل الاحتياجات كشرب الماء واصلاح النهر وليس لصاحبها المنع .

هذا من باب تقديم الصالح العام على المصلحة الخاصة الذي يمكن ان يخصص قاعدة (الناس مسلطون على اموالهم) (ولا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) والمسألة معقدة تحتاج الى مزيد تأمل واستقصاء وباقي مواد هذا الفصل واضحة .



الباب السادس
فى
بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها

مادة (١٣٢٩) شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فاكثر على كون راس المال والربح مشتركا بينهم .

قد ذكرنا ان هذه هي المقصودة بالاصالة من الشركة التي ذكرها الفقهاء في باب المعاملات والعقود وحيث انها موقوفة على امتزاج المالين بحيث لايتميزان ذكروا من باب المقدمة انواع الشركات الموجبة لامتزاج المالين او صيرورة المال الواحد لاثنين او اكثر حتى تتحقق الشركة فيه ومن هنا تعرف ان قوام الشركة العقدية بالمالين الممتزجين وعليهما يدور محور الشركة وعلى نسبتهما يكون الربح والخسران لكل واحد من الشريكين سواء تساويا في العمل او اختلفا فانما يتساويان في الربح حيث يتساويان به و يختلفان فيه على مقدار اختلافهما فيه وكذا الخسران ، هذا مع اطلاق العقد اما مع الشرط فهو المتبع سواء كان الشرط فى ضمن عقد الشركة اوفى ضمن عقد آخر

جائز اولازم وان كان هنا في بعض الصور بحث ونظر ، لامجال لتفصيله ولكن حيث ان الشركة المقصود منها الاسترباح والاكتساب عقد والعقد لا يتحقق الا بالايجاب والقبول نصت مادة (١٣٣٠) ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظا او معنى .

يعني لا يعتبر فيها لفظ مخصوص وصيغة خاصة بل يكفي كل مادل على ذلك ولكن الصيغة المذكورة في هذه المادة غير وافية بالمعنى المقصود بل اللازم ان يمزجا المالين ان كانا خارجين اما لو كان مشتركا بان ورثا مالا او كان لهما على ذمة مديون فلا حاجة اليه فيقول احدهما للآخر شاركتك على العمل بهذا المال والاسترباح به فيقول الآخر قبلت ويلزمهما العمل معا فان كان بينهما شرط ذكراه في العقد والا فالمقدار على نسبة المالين زيادة ونقيصة مناصفة او مثالثة او غير ذلك ويجري على النسبة التامة الا مع الشرط فيتبع مادة « ١٣٣١ » شركة العقد تنقسم الى قسمين فاذا عقد الشريكان عقد الشركة بينهما على المساواة التامة الخ .

عرفت ان عقد الشركة اذا وقع على نحو الاطلاق اقتضى المساواة حسب المالين فان تساويا في المقدار كان لكل منهما النصف تساويا في العمل ام لا وان اختلف المقدار فلكل واحد من الربح والخسران على حسب ماله تساوى العمل ام اختلف ولا حاجة الى شرط ذلك في العقد نعم لو اتفقا على التفاوت لم يلزم الا بالشرط في عقد لازم اما في عقد الشركة المتفق على جوازه فالاصح الصحة ايضا وحاله حال الشروط

فى العقود الجائزة ثم ان هذا النحو من الشركة هو (العنان) عندنا - ولعل وجه التسمية ان عنان المالين بيد الشريكين على حد سواء ويظهر من هذه المادة ان غير الامامية يسمونها شركة « المفاوضة » اما شركة العنان عندهم فهي التي لم يشترط فيها المساواة حينئذ فوجه التسمية غير واضح .

(والخلاصة) انه لا تصح عند الأمامية الا الشركة على المالين الممتزجين حسبما عرفت ويسمونها شركة (العنان) وكل شركة على غير المالين فهي باطلة عندهم فلا تصح شركة (المفاوضة) ويعنون بها ان يتعاقد اثنان او اكثر على ان يكون بينهما على السواء او التفاضل كلما يربحان من غنيمة او تجارة او حيازة اوميراث اوغير ذلك من موارد الانتفاع والفائدة كما ان عليهما كلما يغرمان من خسارة في تجارة او جناية او غيرها ، وكذا لا تصح شركة (الابدان) بان يتعاقدا على الاشتراك فيما يحصل من اعمالهم اتفق العمل او اختلف ولا شركة (الوجوه) بان يتعاقد وجهان لا مال لهما على ان يبتاعا في الذمة الى أجل ثم يبيعان ويؤديان الأثمان تدريجا ويقتسمان الفاضل نعم لواشترياه مشتركا بذمتهما اووكل احدهما الآخر في الشراء صح وكان الربح لهما كما ان احدهما لو صالح الآخر نصف منافعه الى اجل معين بنصف منافع الآخر صح لان الصلح يحتمل من الجهالة مالا يحتمله غيره من العقود ، ومن جميع ماذكرنا هنا يتضح بعض الكلام في مادة (١٣٣٢) الشركة سواء كانت مفاوضة او عنانا اما شركة

اموال، الى الآخر .

فان النوع الاول اي شركة الاموال هي الصحيحة عندنا لاغير وهى شركة العنان اما الانواع الاخرى كشركة الاعمال وشركة الوجوه فهي باطلة كبطلان شركة المفاوضة الا بالنحو الذي عرفت .

ثم ان عقد الشركة عقد برأسه اثره صحة عمل كل من الشريكين فى المال المشترك بالاذن ولا حاجة الى جعله متضمنا وكالة كل من الشريكين للآخر فى التصرف وهو كعقد المضاربة الذي يضرب العامل بمال غيره و يكتسب على ان له حصة في الربح وتصرفه بالمال الذي هو لغيره من مقتضى عقد المضاربة لامن تضمنه الوكالة فتدبره

نعم لما كانت الشركة عقدا من العقود فلا ريب في انه يعتبر فيه جميع مايعتبر في العقود من الشرائط العامة كبلوغ الشريكين ورشدهما وعدم الحجر عليهما والقصد والاختيار وغير ذلك مما مر عليك في تضاعيف العقود « ومنها » المعلومية وعدم الجهالة وتعيين حصة كل واحد منهما من الربح والخسران كما في مادة ﴿ ١٣٣٦ ﴾ ـ ومادة ﴿ ١٣٣٧ ﴾ كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء كالنصف والثلث جزء شايعا شرط . فاذا تقاول الشركاء على اعطاء احدهم كذا غرشاً مقطوعا تكون الشركة باطلة ،، يعني يشترط في صحة عقد الشركة ان يكون توزيع الربح بينهما بنحو الكسر الشايع من ثلث وربع ونصف فلو جعلاه مبلغا معينا كمائة درهم او عشرين ديناراً بطلت الشركة وصارت اشبه بعقد الاجارة ، وذلك لما عرفت من ان

عقد الشركة يتقوم ويدور على المالين وتوزيع الربح بينهما بنسبتهما فلو جعلا لاحدهما مقدارا معينا صار الربح مختصا باحدهما وهو مناف لجوهر عقد الشركة .

الفصل الثالث

في

بيان الشرائط المخصوصة في شركة الاموال

مادة « ١٣٣٨ » كون راس المال من قبيل النقود شرط .

يعني يشترط في شركة الاموال اي شركة العنان كون المال الممتزج منهما الذي تعاقدا على الاسترباح به من النقود المسكوكة من ذهب او فضة او غيرهما .

ولازم هذا أنه لو جعلا رأس المال عروضا كحنطة ونحوها لم يصح عقد الشركة مع ان في مادة « ١٣٤٢ » ما يظهر منه خلاف هذا كما سيأتي .

اما عندنا معشر الامامية فيجوز عقد الشركة على كل مال نعم يشترط ان يكون عينا لا دينا وان يكون معلوما لا مجهولا وقد تضمنت مادة « ١٣٤١ » الاول ولم تذكر الثاني ، وفي مادة « ١٣٤٢ »

لا يصح عقد الشركة على الاموال التي ليست من النقود كالعروض والعقار — شبه التهافت فانها بعد ان منعت من الشركة في العروض اولاً اجازتها اخيراً في الحنطة اذا خلط احدهما حنطة بحنطة الآخر فقالت : يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط راس مال و يعقدا عليه الشركة — وهذا الاخير هو الاصح .

مادة ١٣٤٣ اذا كان لواحد برذون ولآخر حمر فاشتركا على ان يؤجراه الى الآخر ،، بطلان الشركة هنا لعدم امتزاج المالين اما لو باع احدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر صحت الشركة ،ومنه يعلم وجه عدم الصحة في المال المذكور بمادة(١٣٤٤) اذا كان لواحد دابة ولآخر أمتعة وتشاركا على تحميل الامتعة على الدابة وبيعها، الى الآخر.

نعم يصح هذا والذي قبله وجميع ماهو على منوالها لو اوقعاه بعقد الصلح .

الفصل الرابع
في
بعض ضوابط تتعلق بشركة العقد

مادة ١٣٤٥ العمل يكون متقوما بالتقويم يعني ان

العمل بتعيين قيمته يتقوم ومن الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر .

شرط الزيادة في الربح لمن له عمل زائد او انفع مما لا اشكال فيه بل لا يبعد جوازه حتى مع عدم الزيادة .

مادة « ١٣٤٦ » ضمان العمل نوع من العمل الخ .

هذا ليس من عقد الشركة اصلا ولا تصح الشركة بهذا النحو نعم يصح الصلح عليه ويلزم، وكذا مادة « ١٣٤٧ » كان استحقاق الربح يكون تارة بالمال وتارة بالعمل كذلك بحكم مادة « ٨٥ » يكون بالضمان الخ :

فان هذا لا يصح شركة ويصح صلحا .

مادة « ١٣٤٨ » اذا لم يوجد احد الامور الثلاثة السالفة الذكر المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح فلو قال شخص لآخر اتجر انت بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا يوجب الشركة وليس له اخذ حصته من الربح الحاصل فانه اكل مال بالباطل .

« ١٣٤٩ » استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة وليس هو بالنظر الى العمل الواقع ـ الخ .

هذه المادة قاصرة البيان مختلة الاركان ، وتحريرها ان الشريكين ان اشترطا العمل منهما متساويا او متفاضلا لزم الشرط ولو اخل احدهما بالعمل ينقص من حصته بنسبته تساوى المالان او تفاضلا كما انه لو شرط العمل على واحد صح ويكون اشبه بالمضاربة فان جعل له من الربح

مقدارا لزم سواء شرط له اكثر مما يستحقه من الربح بنسبة ماله ام لا ، وان لم يعينا له شيئا فقد يقال ان مقتضى الاطلاق المجانية وهو محل نظر فان اصالة حرمة عمل المسلم تقتضي ان يكون له اجرة المثل اومن الربح بنسبة ماله الا ان يصرح بالمجانية ، هذا اذا ذكرا العمل اما اذا اطلقا فالعمل لازم على كل واحد بنسبة ماله ولو اخل نقص بالنسبة ومما ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه المادة من ان الشريك لو لم يعمل يعد كانه عمل ولو عمل احدهما ولم يعمل الآخر بعذر او بغير عذر يقسم الربح بينهما وان كان العمل مشروطا عليهما ، فانه حكم جزافي واكل مال بالباطل ولا سيما مع اشتراط العمل عليهما فتدبره .

مادة (١٣٥٠) الشريكان كل واحد منهما امين الآخر .

هذا اذا سلم احدهما المال للآخر او تسالما على وضعه بيد احدهما اما لو اتفقا على وضعه في يد ثالث فلا ائتمان وهو واضح .

مادة (١٣٥١) رأس المال في شركة الاموال . . .

حاصلها ان رأس المال اذا كان من الشريكين متساويا او متفاضلا فهي الشركة وان كان من واحد والعمل من آخر والربح بينهما فهي مضاربة وان كان للعامل فقط فهو قرض ، اذا كان لصاحب رأس المال فهو في يد العامل بضاعة فان ظهر منه تصريحاً او تلويحاً التبرع والمجانية فلا شيء له والا فله اجرة المثل والربح والخسران كله على صاحب رأس المال .

ثم ان عقد الشركة عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء كما انه ينفسخ بموت احدهما او جنونه كما هو شأن العقود الجائزة ولو تعدد

الشركاء فالفسخ يختص بالمجنون وتبقى على حالها في الآخرين كما في مادة « ١٣٥٢ » ـ ومادة « ١٣٥٤ » مبنية على ماتقدم من ان الدين لايقسم فالمقبوض منه لجميع الشركاء والباقي لهم اجمع فالحاصل لهم والتالف عليهم .

الفصل الخامس
في
بيان شركة المفاوضة

مادة (١٣٥٦) المفاوضان احدهما كفيل الآخر كما بين في الفصل الثاني الى آخرها ، سبقت الاشارة منا الى ان نفس عقد الشركة باى نوع من انواعها لاتقتضى كفالة ولا وكالة الا بتصريح مستقل وعقد آخر وليس من مقومات الشركة ولا من لوازمها الطبيعية ان يكون احدهما كفيلا او وكيلا للآخر .

مادة (١٣٥٧) المأكولات والالبسة وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها احد المفاوضين لنفسه واهله وعياله خاصة له لاحق لشريكه فيها لكن يجوز للبايع مطالبة شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفالة ايضاً .

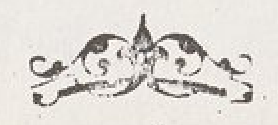
الكفالة على تقدير تحققها بين الشريكين فانما ينصرف اطلاقها الى مايتعلق بشؤون التكسب والاسترباح لابالشؤون الخاصة نعم لوصرحا بذلك جاز للبايع مطالبة كل منهما .

مادة « ١٣٥٨ » المفاوضان في شركة الاموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما وحصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال احدهما ، الى آخرها ،،،

سوء التعبير وتعقيد البيان بالغ أقصاه في هذه المادة ولا يكاد يتحصل منها معنى جديد ، وغاية ما يمكن استخراجه من هذه الاقفال والاغلال اعتبار تساوي المالين وان لا يكون لاحدهما فضلة تصلح لتكون رأس مال في الشركة كالنقود او ما في حكمها من المنقولات كالحنطة ونحوها ولو كان له فضلة لا تصلح للشركة كالعقار والدين لم يضر بالمفاوضة وتحقق المساواة وهو كما ترى تافه ومستدرك .

مادة (١٣٥٩) الشريكان في شركة الاعمال اذا عقدا - الخ .

بلوغ شركة الاعمال الى هذا الحد البعيد بحيث يمضي اقرار احدهما على الآخر مع انكاره بعيد جدا ، وبقية مواد هذا الفصل واضحة على مبانيهم اما عندنا فكلها ساقطة ، ولا تضر الزيادة والنقصان برأس المال في شركة العنان ، التي هي الشركة الصحيحة عندنا لا غير ، وهي التي تكفل ببيان احكامها وسائر شئونها .



الفصل السادس

في حق شركة العنان وهو يشتمل على ثلاثة مباحث

المبحث الاول

*[في بيان المسائل العائدة الى شركة الاموال]

مادة « ١٣٦٥ » لا يشترط في الشريكين بشركة العنان كون رأس مالهما متساويا ،،، هذه المادة تشتمل على الامرين (الاول) عدم لزوم تساوى المالين في شركة العنان بخلاف شركة المفاوضة وهذا قد تكرر فيما سبق فلا فائدة فى بيانه (الثاني) انه لا يلزم الشريك ان يدخل جميع نقوده وأمواله فى الشركة بل يجوز ان يعقدها على مقدار منها ، وهذا ايضا واضح لا حاجة لبيانه اذ من ذا الذي يحتمل ان الشركة لا تنعقد الا بادخال الشريك جميع امواله ونقوده فيها .

مادة (١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على تجارة خاصة كتجارة الذخيرة مثلا .

الشركة كسائر العقود تدور مدار ما يلتزم به الطرفان من الشروط والقيود تعميما وتخصيصا فان قيدا لزم القيد وان اطلقا جاز كلما شمله الاطلاق فلو اشترطا الاتجار بالطعام او الحبوب لزم الاقتصار عليهما والا جاز بهما وبغيرهما كما ان تقسيم الربح بينهما حسبما تقدم يدور مدار الشرط زيادة ونقصا فان شرطا لاحدهما زيادة لزمت فى الشركة

الصحيحة وان لم يشترطا او كانت الشركة فاسدة فالمدار فى الربح والخسران على نسبة المالين كما دلت عليه مادة « ١٣٦٧ » ـ ومادة « ١٣٦٨ » ـ و « ١٣٦٩ » ، ـ اما مادة « ١٣٧٠ » اذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال الخ .

فقد عرفت انه لا حاجة الى الشرط بل هو مقتضى طبيعة الشركة واطلاقها وانما الذى يحتاج الى الشرط هو الزيادة والنقيصة عن حصة كل منهما من رأس ماله او تساويهما فى العمل او عدمه واشباه هذا من الكيفيات التي لا يقتضيها اطلاق الشركة فتدبره جيداً ، كما نصت عليه مادة (١٣٧١) اذا تساوى الشريكان فى رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لاحدهما مثلا كثلثي الربح وكان عمل الاثنين مشروطا فالشركة صحيحة والشرط معتبر، انظر مادة (١٣٤٥) اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطا على الشريك الذي حصته من الربح زائدة فكذلك الشركة صحيحة والشرط معتبر و يصير ذلك الشريك مستحقا ربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله ، لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركة شبه المضاربة وان كان العمل مشروطا على الشريك الذي حصته من الربح قليلة فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لانه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان للزيادة التي ياخذها الشريك الذى لم يعمل واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الامور الثلاثة ، انظر مادة (١٣٤٧) و (١٣٤٨) .

نقلنا هذه المادة بطولها لما يتراءى فيها من براعة التحقيق واستيعاب القسمة وقوة التنويع والتعليل ولكن لا يلبث هذا الرونق على محل النقد حتى يستبين زيفه او يتضح زيغه، فان العمل اذا كان مشروطا على الشريك القليل الحصة من الربح لا يكون الآخر قد اخذ زيادة بلا شيء مقابل من مال او عمل بل اخذها بالشرط لرأس ماله كالشخص الذي يكون منه كل رأس المال والعمل كله على العامل المضارب ويشترط صاحب رأس المال زيادة في الربح على النصف الذي حقه عند الاطلاق فانه يأخذ الزيادة بالشرط في قبال رأس ماله كما يأخذ الآخر الاقل في مقابل عمله ومادة (١٣٤٨) لا ربط لها بما نحن فيه اصلا فان موردها ما اذا لم يكن مال ولا عمل اصلا كما يتضح ذلك من مثالها وهو قوله اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فيستحق حصته في الربح من غير مال ولا عمل ويكون اكل مال بالباطل بخلاف ما نحن فيه فان الشريك الذي اشترط لنفسه الزيادة بغير عمل قد استحقها بازاء رأس ماله الذي دفعه لشريكه غايته انه كان يستحق بالاطلاق على نسبة ماله من الربح ولكن بالشرط يستحق الزيادة ولكن بازاء ماله لا بلا ازاء شيء وعموم المؤمنون عند شروطهم شامل له، وما ذكرته المجلة وان كان له رواء وطلاء ولكنه عند التحقيق غثاء ومن هنا يظهر ضعف ما في مادة (١٣٧٢) التي هي كتكرير للمادة المتقدمة وكانت هي مع طولها تغني عن هذه المادة فيجب عند التحرير حذفها .

اما - ما في مادة (١٣٧٣) - و (١٣٧٤) من جواز بيع مال الشركة نقداً ونسيئة قليلا او كثيراً فهو مع الاطلاق وعدم مظنة الضرر

اما لو اشترطا البيع بالنقد او بربح معين او اطلقا وكان بيع النسيئة في معرض التواء لم يصح شيء من ذلك وهكذا مادة (١٣٧٥) فان الشريك لا يصح له ان يشتري للشركة اذا اشترطا ان يكون البيع والشراء للآخر امامع الاطلاق فله ذلك .

مادة (١٣٧٦) اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصة .

يعني لو اشترطا ان تكون تجارتهما بالاطعمة فقط فاشترى احدهما ثيابا فلا اشكال في ان الثياب لاتدخل بالشركة بل تختص بالمشتري ولكن من الحكم الجزافي قول المجلة في هذه المادة — لكن مع كون رأس مال الشركة في يد احدهما اذا اشترى مالا من جنس تجارتهما ولو بمال نفسه يصير للشركة .

فان هذا مخالف لقاعدة تبعية العقود للقصود ولقواعد الشركة فان الذي يدخل في الشركة مايشترى بمال الشركة لامايشتري به احدهما بمال نفسه ولنفسه فيشترك معه فيه غيره قهراً عليه وخلافا لقصده وقد اشتراه بماله الخاص ، أفليس هذا من الجزاف !

مادة (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعاقد الخ .

سلطة كل واحد من الشريكين على التصرفات في مال الشركة تصورها ار باب المجلة بين افراط وتفريط فقد تقدم في آخر مادة (١٣٥٦) وكما ان ماباعه احدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك مااشتراه احدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ثم ترقى الامر وتفاقم الخطب حتى قالوا

بعدها فى مادة « ١٣٥٧ » المأكولات والالبسة وسائر الحوائج الضرورية يجوز للبايع مطالبة شريكه بثمن هذه الاشياء بحسب الكفالة ايضا :

فبينا تراهم يجعلون الشريكين كشخص واحد حتى ما اشتراه لحوائجه الضرورية يمكن ان يطالب به الشريك الآخر ، واذا بهم يفرقون بينهم اشد التفرقة ويجعلون كل واحد مباينا للآخر كما فى هذه المادة والتي بعدها (١٣٧٨) الرد بالعيب ايضا من حقوق العقد فما اشتراه احد الشريكين فليس للآخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب على الآخر .

• فانظر الى هذا التهافت ، هناك يجوز الرد بالعيب على الآخر وهنا لايجوز ، ومن المعلوم الضروري عدم الفرق في هذه الآثار بين شركة المفاوضة وشركة العنان وليس الفرق بينهما الا في قضية لزوم التساوي في رأس المال والربح في شركة المفاوضة عند القوم وعدم لزومه في شركة العنان ولذا كان لكل واحد من الشريكين في النوعين الايداع والابضاع والايجار والمضاربة وغيرها كما في مادة (١٣٧٩) كل واحد من الشريكين له ايداع وابضاع مال الشركة - لكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة ضمن حصة شريكه .

و (الضابطة) فى هذا - ان كل ما فيه منفعة أو مظنة منفعة مع الامن عادة من الضرر فاطلاق العقد يقتضي جوازه لكل من الشريكين وكل ما لا منفعة فيه موقوف على الاذن فضلا عما فيه مظنة الضرر

فلو اذن احدهما للآخر اذناً عاماً بجميع التصرفات لم يجز للمأذون ان يقرض من مال الشركة او يهب او ينتقل به من بلد الى بلد الا باذن صريح كما نصت عليه مادة (١٣٨٢) ومادة (١٣٨٣) من انه لو تصرف مثل تلك التصرفات التي لا يشملها العموم فضلا عن الاطلاق بل تحتاج الى اذن صريح وحصل الضرر يكون ضامناً للخسار وهو واضح .

مادة « ١٣٨٤ » اقرار احد الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتهما لا يسري الى الآخر ،، هذه المادة ايضا محتاجة الى التحرير وحسن التعبير وكانها مبتنية عندهم على ما تقدم من ان شركة العنان لا تتضمن الكفالة وتحتاج الى تصريح بالوكالة وعليه فاقرار احدهما لا يلزم الآخر بل يختص به ولكن لازم هذا انه لو اقر انه دين لزم من معاملتهما معا يلزم بالجميع لا بالنصف الا اذا صدقه شريكه ، وعلى كل فتحرير البحث - انه لا يجوز لاحد الشريكين في شركة العنان التي لا يصح عندنا غيرها - التصرف في المال المشترك الا باذن صاحبه فان كان الاذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرف للثاني وان اذن كل منهما للآخر صح لكل منهما التصرف بمقدار الاذن مطلقاً او مقيداً انفراداً او اجتماعا فلو اذن كل منهما للآخر بالتصرف مطلقا ومنفرداً فاقراره بالعين او الدين يمضي على الآخر اذا اقر انه دين على الشركة او العين قد باعها وقبض ثمنها للشركة والا لم يمض اقراره الا على نفسه نعم لو اطلق احدهما الاذن للآخر ولم يقيده بنحو مخصوص لزمه ان يقتصر على ما هو المتعارف عند التجار في بلده وزمانه كما في المضاربة على ما سيأتي ولو

تجاوز لخسر ضمن .

المبحث الثانى

في بيان مسائل عائدة الى شركة الأعمال

هذا المبحث والذي بعده لاوجه لدخولهما فى هذاالفصل اصلا ضرورة ان الفصل معقود لشركة العنان وهي شركة الاموال - فما وجه دخول شركة الاعمال والوجوه فيه - مادة (١٣٨٥) شركة الاعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الاعمال فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل ، الى آخرها .

قد يعبر عن هذه الشركة عندنا بشركة الابدان ولهـا صورتان « الاولى » ماذكرته المجلة من تعهد الشريكين بعمل تكون اجرته لهما متساووبين اوبالتفاضل « الثانية » ان يتعاقدا على ان يعمل كل واحـد على حسابه مستقلا ثم يجمعان مايرد لهما ويقتسمانه بالتساوي اوالتفاضل حسب الاتفاق وكلاهما عندنا باطلان ولكل واحد اجرته لنفسه نعم يمكن تصحيحه بالصلح كما سبق وكل هـذه الفروض والأمثلة المذكورة فى المجلة لاتصح عندنابعقدالشركة وانما تصح بالصلح فقط - وكل مواد هذا الفصل صحيحة على مباني القوم وهي واضحة وعباراتها منسجة ، نعم مادة (١٣٩٨) اذا عمل شخص فى صنعته

هو وابنه الذي في عياله فكافة الكسب لذلك الشخص وولده يعد معينا له كما اذا أعان شخصا ولده الذي في عياله حال غرسه شجرة فتلك الشجرة للشخص ولا يكون ولده مشاركا له .

قد عرفت غير مرة ان عمل المسلم محترم فان ظهر من الولد انه يعمل لابيه مجانا او كان هناك عرف عام او خاص يقضي بهذا الظهور فهو والا فهو مشكل بل يجوز للولد مطالبة ابيه باجرة عمله او مشاركته بالشجرة الا ان يكون قد قصد في نفسه المجانية فلا حق له بالمطالبة وكونه في عياله لا يقتضي سقوط حرمة اعماله الا ان يشترط عليه ابوه ذلك .

المبحث الثالث

في بيان مسائل عائدة الى شركة الوجوه

مادة « ١٣٩٩ » كون حصة الشريكين على التساوي في المال المشترى ليس بشرط الخ .

عرفت ان شركة الوجوه الباطلة عندنا الصحيحة عند القوم هي عبارة عن العقد بين الاثنين على ان يشتريا بالذمة ويبيعا ويقتسما الربح بعد ان يدفعا اصل الثمن الى الغرماء الدائنين وعليه فهي تدور مدار الاتفاق بينهما والشرط من حيث التساوي والتفاضل في الربح والخسار ومن حيث من يتولى البيع والشراء والمال الذي يشترى به ويباع وغير ذلك من شئون هذه المعاملة ولكنها تتقوم بضمان الشريكين ثمن ما يشتريان من الاموال وبهذه الحيثية يستحق كل واحد منهما حصة في الربح ولكن بنسبة ضمانه وحصته في الشراء فلو كان الشراء لهما على المناصفة فالربح

بينهما كذلك ولا يصح ان يكون الشراء على المناصفة والربح مثالثة كما في مادة «١٤٠٢» وكذا يتوزع الخسران عليهما بتلك النسبة فلا يسوغ ان يكون الشراء بينهما مثالثة والخسار والربح بينهما مناصفة كما فى مادة «١٤٠٣» هذا خلاصة موادهذا الفصل ولكن الاحكام المذكورة كلها استحسانية واعتبارية لاتستند على دليل راسخ ومقتضى القواعد العامة بعد عدم الدليل الخاص فى المقام انه يصح كل مايتفقان عليه ويتراضيان به بالشرط وما المانع ان يجعلا الربح مناصفة والربح اثلاثاً او يدخل احدهما فى الربح ولا يتحمل شيئاً من الخسران فليتدبر .

ثم انه قد بقيت ابحاث مهمة فى احكام عقد الشركة لم توضحها مواد «المجلة» يلزم التنبيه عليها للاحاطة بهذا الموضوع من جميع اطرافه «الاول» ان عقد الشركة جائز كما عرفت فيجوز لكل منهما الرجوع فيه والمطالبة بالقسمة عروضا كان المال او نقدا وليس لاحدهما المطالبة باقامة رأس المال بل يقتسمان الاعيان الموجودة اذا لم يتفقا على [illegible] ولو شرطا فيه عدم الفسخ الى مدة معينة كان حكمه حكم الشروط فى العقود الجائزة ولا يعد لزومها كما لو شرط ذلك فى عقد لازم وبعد الامد لايتصرف احدهما بالمال المشترك الا باذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم او عدمه (الثاني) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزة يبطل بموت احدهما او موتهما او جنونه او اغمائه او فلسه او سفهه فلا يجوز للآخر التصرف ولكن لا تزول الاشاعة الا بالقسمة «الثالث» الشريك المأذون بالتصرف أمين لايضمن مايتلف بيده الا بالتعدي او التفريط

ويقبل قوله بالتلف بسبب خفي او ظاهر وفي عدم الخيانة والتفريط وفي قصد انه لنفسه او للشركة بيمينه « الرابع » اذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد على مشتر واحد او متعدد وقبض احدهما من ثمنه شيئا فان كان القابض وكيلا عن شريكه في القبض او مطلقا فهو لهما بلا اشكال وان لم يكن وكيلا فالثمن اما ان يكون عينا شخصية او كليا ففي الاول ان قبض الثاني حصته منها او اجاز قبض شريكه برئت ذمة الدافع والا فحصته من العين مضمونة لو تلفت وله الرجوع ببدلها مخيرا بين الرجوع على الدافع او القابض على قاعدة توارد الايادي ، وان كان الثمن كليا ولم يكن القابض وكيلا حسب الفرض فان دفع الثمن اجمع كان قبض الشريك لحصة شريكه فضوليا فان اجاز او قبض فلا اشكال والا فله الرجوع بها على القابض وان كانت موجودة وعلى الدافع اما لو تلفت تعين رجوعه على الدافع المديون ، وان دفع حصة القابض فقط فان كان متمرداً ممتنعا او جاحدا للآخر تخير الشريك الآخر بين المشاركة في المقبوض بناء على ان الدين المشترك لا يتعين بتعيين المديون ولا تصح القسمة فيه بل المقبوض لهما والتالف عليهما كما هو الاصح و بين الرجوع على الدافع ، وان لم يكن ممتنعا بل عازم على الوفاء فهل له المشاركة في المقبوض او يختص بالقابض قولان المشهور على الاول ووجهه ما عرفت وخالفهم جماعة بناء على ان بتعيين الغريم يتعين حق كل منهما والاول اقوى وتخييره غير بعيد — هذا كله عند حلول الحقين فلو كان احدهما مؤجلا لم يشارك صاحب الحق المعجل اذا

قبض بلا اشكال ، وهذا التفصيل والبيان الوافي المستوعب يجري فى كل مال مشترك كالدين الموروث واتلاف المال المشاع وغيرهما ويمكن التخلص بمصالحة كل واحد منهما عن حقه فيختص بما يقبض اوبالابراء او الاستيهاب معوضاً او غير ذلك .



الباب السابع
في
حق المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

مادة (١٤٠٤) المضاربة نوع شركة على ان رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر . يقال لصاحب المال رب المال وللعامل مضارب ،، هذا التعريف قاصر معنى وعبارة والأقرب منه الى حقيقتها انها معاملة بين اثنين يكون المال من احدهما والعمل من الآخر على ان يتجر به وله حصة في الربح ويتضح من هذا انها عقد اذاً فلا بد فيها من ايجاب وقبول ولكن بما انها عقد جائز فلا يلزم فيها صيغة مخصوصة بل يكفي فيها كل مادل عليها من العبارات كما نصت عليه مادة (١٤٠٥) ركن المضاربة الايجاب و القبول — الى آخرها .

والموجب هو رب المال والقابل هو العامل فان اطلق الموجب وقال خذ هذه الدراهم واتجر بها بحسب رأيك وكيف شئت فهي المطلقة وان قيده بنحو مخصوص زمانا اومكانا اوجنسا وهكذا لزم عليه ان لايتعدى ذلك فلو تعدى وتلف المال او بعضه ضمن كما في مادة

(١٤٠٦) و (١٤٠٧) المضاربة المطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان الى آخرها ، ثم ان المضاربة تتقوم باربعة أركان « ١ » الصيغة اي الايجاب والقبول وقد عرفت كفاية كل مادل عليها ولا يلزم فيها عبارة مخصوصة « ٢ » المال الذي تقع فيه المضاربة ، ، ويعتبر ان يكون رأس المال من احد النقدين فلا يصح بالفلوس والعروض والمال الذي في الذمم نعم لو وكله على قبض دينه وقال له ضارب به وكان من احد النقدين او قال له خذ هذه الحنطة اوالثياب و بعها باحدالنقدين وضارب به على النصف او الثلث اونحوذلك صح كما فى مادة (١٤٠٩) ويظهر منها صحة المضاربة بالعروض وعندنا لا يصح ، وان يكون معلوما وقدره معلوما ولا حق فيه للغير كرهن ونحوه وان يعين حصة العامل من الربح كسرا شايعا نصفا او ربعا وان اطلق فالمناصفة كما في مادة « ١٤١١ » يشترط في المضاربة كشركة العقد الى آخرها « ٣ » رب المال و يشترط فيه مضافا الى الشرائط العامة ان لايكون محجوراً عليه بفلس او سفه وان يكون قادراً على تسليم المال وان يسلمه « ٤ » المضارب اي العامل ويشترط فيه مضافا الى تلك الشروط ان يكون قادراً على العمل ولا يكون سفيها اما الفلس فلا يقدح فيه فلو اختل احد الشروط بطلت المضاربة ولم يستحق العامل الحصة لو عمل وانما يستحق اجرة المثل كما في مادة (١٤١٢) وهذا تمام مواد الفصل الثاني .

الفصل الثالث

في بيان احكام المضاربة

(مادة : ١٤١٣) المضارب امين — رأس المال في يده في حكم الوديعة ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ر . ع يكون شر يكا فيه ، عرفت فيما سبق ان الشركة والمضاربة عقود مستقلة اثرها صحة التصرف فهي وان افادت فائدة الوكالة ولكن لادخل للوكالة فيها ولا هي متضمنة لها كما انها تختلف عن الوديعة بان الوديعة قبض متمحض لمصلحة المالك والمضاربة كالاجارة القبض فيها لمصلحة الطرفين وبهذا يختلف حكمها عن الوديعة في بعض الجهات .

مادة (١٤١٤) المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد العقد يكون مأذونا في العمل الخ ،،

المضاربة المطلقة الامر فيها موكول الى المضارب ولكنها بطبيعة الحال عقلا وعرفا مقيد بان لا يعمل مايوجب الضرر او مافيه مظنة الضرر والخسران وان لايتجاوز المتعارف بين التجار و العرف فضلا عن اعتبار التحرز من الغبن الفاحش وغيره ، اما ماعدا ذلك من الشئون فهو مطلق العنان فيها من بيع وشراء بنقد او نسيئة والايداع والابضاع والتوكيل والسفر والحضر كلها جائزة له الا ان يكون شيء منها خارجا عن متعارف التجار او فيه مظنة الضرر مظنة عقلائية فلو خالف وحصل الضرر كان ضامنا وكذا قضية الرهن و الارتهان والايجار والاستيجار

وغير ذلك حتى خلط مال بمال المضاربة ان لم يكن فيه مظنة ضرر ولم يكن خلاف المتعارف .

مادة (١٤١٨) المال الذي اخذه المضارب بالنسيئة زيادة على رأس المال باذن رب المال يكون مشتركا شركة وجوه .

اذا استدانه المضارب صار شركة وجوه والربح بينهما حسب الاتفاق واذا استدانه على ذمة رب المال فهو مضاربة .

مادة (١٤٢٣) اذا وقت رب المال المضاربة بوقت معين فيمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربة ،،، العقود الجائزة لا معنى لتوقيتها فلو جعل لها وقتا وامدا معينا جاز لكل منهما فسخها متى شاء حتى لو اشترطها في ضمن عقدها ولو قلنا بلزوم الشروط في ضمن العقود الجائزة فان معنى لزومها وجوب العمل بالشرط مادام العقد اما اذا فسخ احدهما فلا عقد ولا شرط خلافاً لما يظهر من بعض اساتيدنا ، نعم لو شرط بقاء العقد الجائز وعدم فسخه الى امد معين في ضمن عقد لازم كبيع او اجارة او غيرهما لزم الشرط والعقد فتدبره جيداً .

مادة (١٤٢٤) اذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله وتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل — الخ .

المضاربة في هذه الجهة كالوكالة فكما ان الوكيل لا تبطل تصرفاته الا بعد بلوغ العزل اليه فكذلك المضارب اما جواز تبديل الاموال بالنقود بعد العزل كما في هذه المادة فمشكل بل القاعدة تقتضي العدم

مادة (١٤٢٦) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح

له في المضاربة الفاسدة ـ الخ :

المضاربة اذا كانت صحيحة استحق العامل من الربح الحصة التي وقع العقد عليها وان وقعت فاسدة وربح العامل فالربح جميعه لرب المال ثم ان كان العامل يعلم بالفساد واقدم على العمل لاحراز الاذن والرضا من رب المال استحق اقل الامرين من اجرة المثل والحصة التي وقع عليها العقد الفاسد وكذا اذا عمل وهو جاهل بالفساد اما لو لم يحرز الاذن مع علمه بالفساد فهو متبرع ولا شيء له ربح ام لا وكذا لو عمل ولم يربح وكان ماذونا لانه انما اقدم على ان يكون له حصة في الربح والفرض انه لم يربح فلا شيء له ، مادة (١٤٢٧) اذا تلف مقدار من مال المضاربة يحسب في اول الامر من الربح ولا يسري الى رأس المال ، واذا تجاوز الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة ،،،

العامل يستحق حصته من الربح بمجرد ظهوره ولكن لا يصح له اخذها الى انتهاء المعاملة لاحتمال ورود خسران بعد فيجبر من الربح فكل خسران يرد يجبر من الربح فان ورد خسران على رأس المال لعدم ربح يجبر منه فالخسارة على المالك ولا شيء على العامل في صورة الاطلاق وصحة عقد المضاربة اما مع الفساد فان كان مأذونا فلا غرامة عليه أصلا وان لم يكن مأذونا وعالما بالفساد فهو ضامن للخسارة كلها ولا يلحق رب المال شيء منها ، فما في هذه المادة من اطلاق عدم ضمان العامل في غير محله ، نظير مالو خالف الاذن كما تقدم في مادة (١٤٢١)

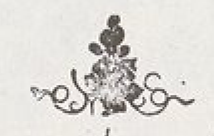
و مادة (١٤٢٢) ،،،

مادة (١٤٢٨) على كل حال يكون الضرر والخسار عائداً على رب المال ، واذا شرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط .

اما كون الضرر والخسار عائداً على رب المال على كل حال - فقد عرفت مافيه وانه على اطلاقه غير صحيح ، واما اشتراط كونه بينهما اوعلى المضارب فقط فالمشهور عندنا كما في المجلة انه باطل وتبطل به المضاربة لانه شرط مناف لمقتضى العقد ، وناقش فيه السيد الاستاذ قدس سره بانه مناف لمقتضى اطلاق العقد لا لذاته فلا مانع منه واطلاق ادلة الشروط يشمله وانت خبير بان طبيعة عقد المضاربة حسب العرف والسيرة الجارية بين العاملين وأرباب الاموال تقتضي عدم تحميل العامل شيئا من الخسارة الا اذا فرط او خالف الاذن والشرط والشارع امضى هذه المعاملة على ماهي عليه عند العرف الا ماقام عليه الدليل ولعل هذا مدرك مايدعى من الاجماع عندنا على عدم صحة هذا الشرط وفقا لما في المجلة ثم ان عقد المضاربة من العقود الجائزة بلا خلاف من الفريقين و عامة ارباب المذاهب فلو مات احدهما او جن مطبقا تنفسخ المضاربة كما في مادة (١٤٢٩) اذا مات رب المال اوجن جنونا مطبقا تنفسخ المضاربة ،، لايختص الانفساخ بموت رب المال بل تنفسخ ايضا بموت العامل ولا بالجنون المطبق بل بجنون احدهما ولو ادوار يا كما تنفسخ بفسخ احدهما اختيارا او بسفه او فلس يوجب الحجر عليهما او على احدهما كما تنفسخ

بتلف رأس المال تلفا سماويا أما التلف الضماني فيقوم البدل مقام الاصل وتبقى المضاربة على حالها .

مادة (١٤٣٠) اذا مات المضارب مجهلا فالضمان في تركته يعني لو مات ولم يبين حال رأس المال او الربح وكان الحال مجهولا فان ادعى الورثة الرد يقبل بيمينهم ان المال ليس عندهم ولا علم لهم به او انهم يعلمون برده الا ان يقيم رب المال البينة ان المال في تركة المضارب وبالجملة الورثة يقومون مقام المضارب فكما انه امين يقبل قوله في الرد وعدم الخيانة وعدم التفريط فكذلك ورثته نعم لو كان المال في تركته فليس للورثة التصرف فيه بل يكون امانة بيدهم يجب رده الى المالك بعد اخذ حصتهم منه ،،، واعلم انه قد بقيت في المضاربة ابحاث مهمة لم تذكرها المجلة وقد ذكر فقهاؤنا بعضها في مطولاتهم ومختصراتهم ولما كان ذكرها يوجب الاطالة والحال الراهن العصيب يضطرنا الى الاختصار لذلك تركناها وان عز علينا فوت تلك المحققات الثمينة .



الباب الثامن
فى
بيان المزارعة والمساقاة وينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في بيان المزارعة

اعلم ان افضل الأعمال التي يكتسب بها المال هو الزرع وقد ورد من الشارع المقدس في الحث عليه والترغيب فيه مايفوق كل اسباب الكسب ووسائل العيش ففي بعض اخبار اهل البيت سلام الله عليهم : الزارعون هم كنوز الله في ارضه ومـا في الاعمال شيء احب الى الله من الزراعـة وما بعث الله نبيا الا زارعا وسئل النبي « ص » اي الاعمال خير قال زرع زرعه صاحبه واصلحه وادى حقه يوم حصاده وفي بعض الاخبار الكيمياء الاكبر الزراعة ، ازرعوا فلا والله ماعمل الناس عملا احل ولا اطيب منه ، وانما جعل الزارعين كنوز الله لانهم يستخرجون كنوز الارض للناس ،،، ثم ان المزارعة تشبه المضاربة من جهة حيث ان الارض من شخص والعمل فيها من آخر فهي تقوم مقام المال ، وتشبه الاجارة من جهة اخرى فان العامل اجير على

العمل والحصة من الزرع اجرته وصاحب الارض مستأجر وان كان العمل والبذر والعوامل من واحد والارض فقط من الآخر فالعامل هو مستأجر الارض وصاحبها مؤجر وكذا الكلام في المساقاة .

مادة « ١٤٣١ » المزارعة نوع شركة على كون الاراضي من طرف والعمل من طرف آخر يعني ان الاراضي تزرع بينهما .

هذا التعريف كسائر تعاريفهم ضعيف فاتر ، واقرب مايكون الى حقيقة هذه المعاملة ان يقال انها عقد بين مالك الارض وآخر على ان يزرعها و يكون له حصة شايعة في العائد منها ، وحيث انها عقد فبالضرورة يكون كما في مادة « ١٤٣٢ » ركن المزارعة الايجاب والقبول ـ والظاهر انه لايلزم فيها عبارة خاصة وصيغة معينة بل يكفي في انعقاده كل عبارة تدل عليها وان كانت عقدا لازما ، ويكفي الاستدعاء من الزارع والقبول من صاحب الارض كما نصت عليه هذه المادة .

مادة « ١٤٣٣ » كون العاقدين عاقلين في المزارعة شرط وكونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة .

يعني اجراء الصيغة يشترط فيه العقل والتمييز فلو كان غير عاقل مجنونا اوغير مميز فصيغته لغو لان كلا منهما مسلوب العبارة اما لو كان مميزاً غير بالغ فعبارته صحيحة ولكن لاتنفذ عقوده الا باذن الولي فاذا كان مأذونا صحت ونفذت .

« ١٤٣٤ » يشترط تعيين مايزرع .

المزارعة كالمضاربة مطلقة ومقيدة فان اطلق المالك اوعمم كان للزارع ان يزرع ماشاء ولكن لايخرج عن المتعارف فلو كان زرع القطن غير متعارف اومظنة ضرر والمتعارف كما في العراق زرع الحنطة اوالشعير او الرز لم يجز له العدول عنها فلو عدل ضمن ، وان قيد لزم ان لايتجاوز موضع القيد فلو تجاوز وتضرر ضمن .

مادة « ١٤٣٥ » يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزء شايعا من الحاصلات كالنصف والثلث الى آخرها .

هذا اهم شروط المزارعة يعني تعيين حصة الزارع من الحاصل كسراً مشاعا نصفا او ثلثا ، فلو لم يعيناها عند العقد اوعينا مقدارا من النقود او العروض اوالطعام بوزن مخصوص منها اومن غيرها بطلت مزارعة ولا تصح اجارة بل له اجرة المثل اواقل الامرين منها ومن الحصة المتعارفة فى تلك الغلة ، والاول اصح

مادة « ١٤٣٦ » يشترط كون الاراضى صالحة للزراعة وتسليمها الى الفلاح .

هذا الشرط ضروري والمزارعة بدونه باطلة ، وبقي شرطان آخران (أحدهما) استحقاق المزارع للارض بملك العين او المنفعة اوحق اختصاص بتحجير او ولاية او وصاية اووقف خاص اواستعارة اما اذا لم يكن له حق فيها اصلا كالموات ومال الغير وغير ذلك فلا يجوز مزارعتها (ثانيهما) تعيين الارض وتشخيص حدودها بما يرفع الجهالة والغرر فلو زارعه فى قطعة من اراضيه ولم يعينها او فى

احدى القطعتين ولو كانتا متساويتين لم تصح نعم لايشترط التشخيص ولو قال زارعتك على جريب من هذه الارض على نحو الكلي فى المعين وكانت متساوية الاجزاء اوعلى نحو الكلي فى الذمة ووصفها عما يرفع الجهالة ودفع المصداق ـ صحت .

ثم اذا استجمعت المزارعة شروطها لزمت واستحق الزارع الحصة المشاعة من العائد واذا اختل شرط من الشروط فسدت وكان الزرع كله لصاحب البذر وللآخر اجرة ارضه بتقويم اهل الخبرة وللفلاح ان كان اجرة المثل كما ان للعوامل من بقر وآلات اجرتها، والى بعض هذا اشارت مادة « ١٤٣٩ » تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر الى آخرها ،، ثم انه قد مرت الاشارة الى ان عقد المزارعة بعد صحته يقع لازما وتحرير ذلك انه اذا وقع على مدة معينة من سنة اوسنتين اوشهرين اوثلاث لزم ولكن بشرط ان يكون الامد صالحا لبلوغ الزرع المعين في العقد اومطلقا فلو عين وقتا لا يمكن حصول اي زرع فيه او الزرع التي تصلح تلك الارض له بطلت المزارعة طبعا وان لم يعين فان كان هناك الذي شيء متعارف وزمان معروف انصرف العقد اليه وتعين وان لم يكن ذلك فالاصح البطلان للجهالة وان امكن الصحة بحمله على زمان يمكن به نضوج الزرع من قمح ونحوه اوخضروات ونحوها واذا وقع لازما لم يكن لاحدهما فسخه بغير سبب مشروع من شرط خيار او عجز اواتفاق منهما معا بالاقالة ونحو ذلك ، اما اذا مات صاحب الارض فالزارع يبقى على عمله الى النهاية ويقسم الحاصل بينه وبين الورثة

ولو مات الزارع قام وارثه مقامه الى نهاية الامد ولو كان عاجزاً حتى عن الاستيجار انفسخت واستحق الوارث عن المدة الماضية من الزرع بالنسبة ولم تذكر المجلة بقية شروط المتعاقدين من الاختيار والرشد والحرية اما (الفلس) فيقدح في المالك لا العامل اذا لم يكن منه مال او بذر والا لم يصح وتجوز مزارعة الكافر ، كما انها اهملت ذكر ابحاث مهمة فيها فوائد جمة ، حالت بيننا وبين تحقيقها الاحوال بل الاهوال ونحن نشير الى بعضها اشارة ايماء (منها) ان خراج الارض مع اطلاق العقد على المالك الا ان يشترطاه على العامل او عليهما وما يأخذه المأمورون ظلماً زائداً على الخراج فان علم انه على الارض فعلى المالك او على الزرع فعلى العامل وان لم يعلم يوزع .

(منها) كل مافسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر وللعامل اجرة المثل فان كان البذر من المالك فالزرع له وعليه اجرة العامل والعوامل وان كان للزارع فالزرع له وعليه اجرة الارض ، وان كان لهما فالزرع لهما ولكل منهما على الآخر اجرة ما يخصه من الارض والعمل ، وان كان لثالث فالزرع له وعليه اجرة الارض لمالكها واجرة العمل للزارع ولا فرق بين علمهما بالفساد او جهلهما او اختلافهما ولا بين زيادة الاجرة على الحصة المشترطة او نقصانها ويحتمل اقل الامرين منها ومن الحصة كما انه لو كان الفساد من جهة اشتراط عدم حصة للعامل فلا شيء له لاقدامه على المجانية .

(منها) اذا صح العقد ثم فسخ بخيار او تقايل فان كان قبل

العمل فلا اشكال ولو كان بعده قبل ظهور الزرع فالحكم ما سبق فى صورة الفساد ، وان كان بعده قبل الادراك او بعده فهل يكون الزرع لصاحب البذر وللارض او العمل الاجرة كصورة الفساد او يكون بينهما على الشرط كما لو بقى العقد وجهان اصحهما الاول وللثاني وجه وهو الاستصحاب وعلى تقدير كونه كالفساد فان تراضيا على البقاء الى البلوغ باجره او بدونها فهو والا فللمالك القسمة والزام العامل باخذ حصته ولا يلزم المالك بالابقاء ولو باجرة (منها) اذا عرض في الاثناء قبل ظهور الثمر او قبل نضجه مايفسد العقد لو حصل فى الابتداء كانقطاع الماء او استيلائه عليها اونحو ذلك من الاعذار العامة كالثلوج المتراكمة والموانع المزاحمة فهو كاشف عن فساد العقد من اصله والصحة كانت ظاهرية والقول بالصحة وثبوت الخيار لاوجه له .

و بقيت من هذا النظير ابحاث كثيرة وماذكرناه من قبيل الانموذج لها

الفصل الثانى
في
في بيان المساقاة

مادة (١٤٤١) المساقاة نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمر بينهما .

المساقاة كالمزارعة سوى ان المزارعة معاملة على زرع الارض

والمساقاة معاملة على تربية الاشجار وسقيها اما الشروط فتلك الشروط والاحكام تلك الاحكام عقداً وصحة وفسادا وفسخا وحصة وجوازا ولزوما فالاعادة قليلة الافادة وكلما ذكرناه هناك يجري هنا نعم بقي في المقام معاملة ذات شأن دائرة بين الملاكين ، وعليها يدور عمارة الارضين وجعلها حدائق وبساتين .

﴿ المغارسة ﴾ وهي عقد

ولم تتعرض لها المجلة ، وهي شقيقة المزارعة كلاهما معاملة على العمل في الارض ولكن تلك على زرعها وهذه على غرسها نخيلا واشجارا وهي من الاعمال الاقتصادية الحيوية بل الضرورية ولكن الغريب ان المشهور عند فقهائنا بطلانها بل ربما يدعى الاجماع عليه للاصل بعد كونها على خلاف القاعدة واستشكل فيه بعض المتأخرين لان الاصل مقطوع بالعمومات مثل اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم والاجماع غير محقق والاقوى الصحة وهي عبارة عن عقد بين صاحب ارض وآخر على ان يغرسها الى مدة معينة ويكون له حصة في تلك الغروس مشاعة ربعا اوثلثا ونحوها سواء جعل له في الارض حصة ام لا والمتعارف في بعض نواحي الفرات ان يكون ثلث لصاحب الارض ملاكية وثلث للفلاح ازاء اتعابه البدنية وثلث للمصارف المالية فان قام شخص ثالث بها فالثلث له وان قام بها الفلاح او صاحب الارض فله الثلثان ولو وقعت هذه المعاملة وقلنا بالصحة لزم العمل على ما اتفقا عليه وان قلنا بالبطلان فالغرس لصاحبه فان كان من صاحب الارض فعليه اجرة عمل الغارس ان كان جاهلا

بالبطلان بل وان كان عالما به على الاصح عندنا وان كان الغرس للعامل فعليه اجرة الارض للمالك مع جهله به بل مطلقا وله الابقاء بالاجرة بل يتعين مع الجهل وله الامر بقلع المغروس او قلعه بنفسه مع العلم بالبطلان وليس عليه ارش النقصان نعم لو قلعها في صورة الجهل كان عليه ذلك وقيل عليه التفاوت مابين قيمته قائما ومقلوعا ، وعلى الغارس طم الحفر واصلاح الارض ثم لو قلنا بعدم صحة هذه المعاملة امكن تصحيحها

بجعلها بنحو الاجارة او المصالحة او الشركة بان تكون الاصول

مشتركة بينهما اما بشرائهما معا او تمليك احدهما للآخر

نصفا منها مشاعا فيصالح صاحب الارض الغارس

على ان يشتغل بغرسها وسقيها الى زمان

معين بنصف منفعة ارضه او بنصف

عينها او يستاجره على عمل الغرس

والسقي المعين بنصف الارض

او نصف منفعتها ولو

صدرت مغارسة

وشك

في

صحتها وفسادها بني على الصحة

قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعة في اواخر شهر صفر سنة احدى وستين بعد الالف والثلثمائة هج

جدول الخطأ والصواب

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٢٢	١	لما	» » »	٣٢	١٩	أما فيما	أما الاشكال فيما
٣٣	٢	اولاً	او لا	٠٠	١٢	ايضا	» » »
٣٩	٢	لايمكنه	لايمكن قسمته	٠٠	١٩	طيبة	» » »
٤٠	١٤	ولو	ولا	٤٢	٥	اثباها	اثباتها
٤٥	١١	بيها	بينهما	٠٠	١٢	اثمان المالك	اثمان لمصلحة المالك
٤٦	١٥	وهواروهن	وهواوهن	٠٠	٠٠	بائي	يائي
٧١	١٥	الا	لا	٠٠	١٨	لزوم	لزم
٧٨	٤	مثل ذلك لدليل	مثل ذلك في البيع	٧٩	١٩	التطرف	التصرف
٨٠	١٦	الا	لا	٨١	١٤	شعر	يشعر
٩٠	١٢	اللازم بين	اللازم التفصيل بين	٩١	٦	بسبب	سبب
١١٣	١١	نخلت	تخلفت	١١٤	١٤	للمخالف	للمخالفة
١١٨	٦	متبايعين	متباينين	١٢١	٩	سواء	سوا
٠٠٠	١٧	الغصب	الغاصب	١٢٤	١	حاله	ماله
١٢٦	١٦	الامتزاج	بالامتزاج				
٠٠٠	١٨	او الاعلى والادنى	او الاعلى او الادنى				
١٢٨	١١	قطع او حاك	قطع الثوب او حاك				

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٠٠٠	١٧	الدبه	الدابه	١٢٩	١٢	الى	الا
١٣١	٤	اعتيادي	اعتباري	١٣٢	١٣	اوجبه	اوجب
١٣٦	٣	الغاصب	الغصب	١٣٧	٧	من	عن
٠٠٠	١٢	الوصفية	الوضعية	٠٠٠	١٦	النزام	الزام
١٤٨	١	بمنته	بمهنته	٠٠٠	٢	يتحرز	يحترز
١٥٠	٣	ولكن مائلا	ولكن لو كان مائلا	١٥١	١	على ما	هذا ذالم
١٥١	١٥	له لما	له ولا لما	١٥٦	١١	والمجنون	والمجبور
١٦٤	٦	تقييد مقيد	تقييد مفيد	١٧٦	٢٠	بالمكره	المكره
١٧٨	٢	باجارته	باجازته	١٨٥	١٥	البيع	المبيع
٠٠٠	١٩	للشفيع يأخذ	للشفيع ان يأخذ	١٨٧	٩	الغالب	الغايب
١٩٢	٨	المذاهب	المذهب	١٩٥	٢	المشتري	الشفيع
١٩٧	١١	« « «	فالشفعة له	٢٠١	١٨	خختلاط	اختلاط
٢٠٣	١١	وانه	لانه				
٢١٠	١٦	الشريكين بدون	الشريكين لو آجر بدون				
٢١٤	٧	بالحاصلات	فالحاصلات				
٠٠٠	١٥	اذ هو	اوهو	٢١٦	١٤	وكلها	او كلها
٢٢٥	٥	ولكن بعه	ولكن ربعه	٢٣٦	٣	بقسيمها	بقسمها
٢٣٨	١٧	تنقص	تنقض	٢٥٢	٨	الشفعة	الشفعه

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٢٥٣	٥	وتخريج دخوله	تخريج وجه لدخوله				
٢٦٦	٤	المساواة حينئذ	المساواة وحينئذ	٢٦٧	١٧	غرسا	غرشا
٢٦٩	٣	حنطة	حنطته	٢٧٦	١	محل النقد	محك النقد
٠٠٠	٣	يستبين زيفه	يستبين زيفه	٦٨٠	١٧	منسجه	منسجمة
٢٨	١٤	العقدين الاثنين	العقدين اثنين	٢٨٢	٧	والربع اثلاثا	الشراء اثلاثا
٢٩٠	١٣	المحققات	التحقيقات	٢٩٥	١٥	هناك الذين	هناك شيء



(فهرس ابواب الجزء الثالث من الكتاب)



تحرير المجلة

من مؤلفات

امام

المسلمين آية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دامت بركاته

المجلد الرابع

المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية

النجف الأشرف العراق

سنة ١٣٦٢

بسم الله وله الحمد والمجد

الكتاب الحادي عشر

في الوكالة

ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب

المقدمة

في بيان

بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة

. مادة (١٤٤٩) الوكالة تفويض احد امره لآخر واقامته مقامه ،،، هـذا التعريف كما ترى من الضعف والقصور في الغاية وكأنهم نظروا الى الوكالة بالمعنى العام لا بالمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء ، فقد عرفها الشهيد قدس سره في (اللمعة) بانها استنابة في التصرف وزاد فيه السيد الاستاذ رضوان الله عليه ، في امر من الامور حال حياته ، لاخراج الوصاية التي هي استنابة في التصرف بعد الوفاة وكلا القيدين لا لزوم فيهما فان الوصاية ليست استنابة بل نحو ولاية ولذا لا ينعزل الا بالخيانة ، وكيف كان فتعاريف الفريقين لهذه العقود ليست هي الحقيقة بل شبح منها ، اما حقيقة الوكالة فهي

عقد يفيد تسليط الغير على التصرف فيما له التصرف فيه فان كان في حال الحياة فقط فهي الوكالة وان كان بعد الموت فهو الوصاية وقد تكثر استعمال هذا اللفظ ومشتقاته في الكتاب الكريم على انحاء شتى واساليب مختلفة : لا اله الا هو خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل ، حسبنا الله ونعم الوكيل الى كثير من امثالها : عليه توكلنا ، وكلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين ، والجميع يرجع الى اصل واحد وهو السلطة عامة او خاصة فلله جل شانه السلطة العامة وفي غيره السلطة الخاصة منه لعباده او من بعضهم لبعض واليه يرجع معنى الحامي والناصر وعليك بتطبيق ذلك في سائر الموارد بلطف ذوق وقريحة وهي عند المشهور عقد ولكن الاستاد قوّى انها ليست عقدا فقال مانصه : والاقوى عدم كونها من العقود فلا يعتبر فيها القبول ولذا ذكروا انه لو قال وكلتك في بيع داري فباعه صح بيعه والظاهر ذلك وان غفل عن قصد النيابة الى ان قال : والمراد من عدم كونها من العقود انه لايشترط في تحققها القبول والا فلو اوقعت بنحو الايجاب يكون عقدا ويتحصل انها تتحقق بكل من الوجهين ، انتهى اقول ان هذا من المباحث التي استرسل فيها الاصحاب وتساهلوا والتحقيق العميق وراء ماذكروا وان حقيقة الوكالة ليست استنابة ولا اذنا في التصرف وان تشابها او تشاركا في الاثر وهو حلية التصرف ونفوذه ولكن تظهر الثمرة في آثار اخرى فان حاق جوهر الوكالة كما

عرفت هو اعطاء سلطة الغير ومن المعلوم ان هذه السلطة لا تكون للغير قهراً عليه بل انما تكون له اذا قبلها باختياره غايته ان قبولها لا يشترط فيه ان يكون بلفظ خاص بل يكفي كلما دل عليه بل لا يلزم فيه اللفظ اصلا و يكفي الفعل فلو قال وكلتك في بيع داري فباع صح لانه دل بفعله على قبوله وهنا تتساوى الاثار وتشترك المؤثرات ولكن يظهر الفرق بين الاستنابة والاذن وبين الوكالة بالمعنى الذي ذكرناه في مقام الرد فلو قال وكلتك في بيع داري فرد ولم يقبل لم يصح بعد ذلك بيعه بخلاف ما لو قال اذنت لك في بيع داري او استنبتك في بيعها فرد فان الرد لا اثر له ولو باع بعد ذلك من دون اذن جديد صح وما ذلك الا من جهة ان سنخ الوكالة من سنخ العقود وذوات الاسباب الوضعية ، بخلاف الاستنابة والاذن والتفويض فانها من سنخ الجواز والاباحة اللاحقة بالاحكام التكليفية وبينهما بون بعيد ،،، فتدبره اما الرسالة فهي اجنبية عن الوكالة كلية لانها من قبيل الآلة الصماء الحاكية لصوت الغير وكلامه من دون حق في التصرف اصلاً فلا داعي لذكرها في مادة (١٤٥٠) الرسالة هي تبليغ احد كلام الآخر من دون ان يكون له دخل في التصرف الى الآخر .

الباب الاول
فى
بيان ركن الوكالة وتقسيمها

ركن التوكيل الايجاب و القبول و هو ان يقول الموكل و كلتك بهذا الخصوص فاذا قال الوكيل قبلت اومايشعر به تنعقد الوكالة . كذلك لو لم يقل و تشبث باجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لانه يكون قد قبل الوكالة دلالة ولكن لو ردها الوكيل بعد الايجاب لايبقى له حكم بناء عليه لو قال الموكل و كلتك ورد الوكيل بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموكل به لايصح تصرفه – يعنى ويكون ضامنا ، وهذه المادة قوية الاسلوب لفظا و معنى ولكن مادة (١٤٥٢) الاذن والاجازة توكيل قد عرفت منها وان المأذون لو رد الاذن والاجازة ثم عمل صح اذا لم يتجدد منع من الآذن او المجيز بخلاف الوكالة فتدبره جيداً فانه من معادن التحقيق و كذا الكلام في الاجازة اللاحقة فانها لاعلاقة لها بالوكالة اصلا واين

باب الفضولي من باب الوكالة ا وانحاد المسببات لايقتضي وحدة الاسباب فلا وجه لمادة « ١٤٥٣ » واما ـ مادة « ١٤٥٤ » فهي على طولها لاطائل تحتها وهي غنية عن البيان كوضوح مادة « ١٤٥٥ » فان اساليب البيان تختلف حسب اختلاف القصود فقد يقصد المتكلم المالك جعلك وكيلا على بيع سلعته او شراء سلعة له وقد يجعلك واسطة وسمساراً بينه وبين البايع او المشتري وهما متغايران حكماً وموضوعاً ،»

مادة « ١٤٥٦ » يكون ركن التوكيل مرة مطلقاً يعني لا يكون معلقاً بشرط او مضافا الى وقت او مقيداً بقيد ومرة يكون معلقاً بشرط الى آخرها

بناء على ان الوكالة عقد وقد مر عليك غير مرة ان التنجيز شرط في عامة العقود الاما خرج بالدليل وان التعليق يفسد العقد ـ يتحصل من هاتين المقدمتين ان التعليق يفسد الوكالة فلو علقها على شرط او وصف كما لو قال انت وكيل ان جاء زيد من السفر على بيع داري اوانت وكيل عند مجيء الحاج بطل نعم لوقيد العمل الموكل فيه بقيد او شرط صح كما لو قال انت وكيل على بيع داري ولكن عند مجيء زيد فهو وكيل مطلق فعلا ولكن على البيع الخاص و (الضابط) انه ان جعل القيد او الشرط للهيئة و الانشاء بطلت وان جعله للمادة والمنشأ صحت و يمكن ان يكون مراد المجلة في جميع ما ذكرته

من الامثلة في هذه المادة هو القسم الثاني فيكون صحيحاً وان كان خلاف ظاهر قولها : تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر ،، فان الوكالة لا تكون معلقة كما عرفت بل التعليق في متعلقها فتدبره



الباب الثانى
فى
بيان شروط الوكالة

مادة ﴿ ١٤٥٧ ﴾ يشترط ان يكون الموكل مقتدراً على ايفاء الموكل به ـ الى آخرها ، لم تحرر « المجلة » هذا البحث أعني بحث شروط الوكالة كما هو حقه ، وحق تحريره ان يقال : ان الوكالة تعتمد على اربعة اركان ـ الموكل ـ الوكيل ـ الموكل به ـ العقد ؛ اما العقد فيعتبر فيه كلما يعتبر فى سائر العقود من ايجاب وقبول ولو بالفعل و تنجيز و مطابقة القبول للايجاب نعم لايلزم هنا التوالي فيصح أن يوكل الغايب و يقبل بعد بلوغ الخبر اليه ، واما الوكيل فيعتبر فيه مضافاً الى التمييز الاختيار فلا يصح توكيل المكره ولا المجنون وغير المميز لانه مسلوب العبارة ـ وان يكون قادراً على اجراء ما وكل فيه فلو وكل على محاسبة عماله مثلا من لايعرف الحساب من صغير او كبير لم يصح نعم يشترط اذن وليه لو كان

صغيراً مميزاً الا اذا كان العمل خفيفاً وليس فيه مظنة ضرر كاجراء صيغة البيع ونحوه فقط ـ اما الموكل فيعتبر فيه مضافاً الى العقل والتمييز والاختيار كونه مالكا لاصرف فيما وكل فيه فلو كان ممنوعاً بمنع طبيعي او شرعي ذاتي او عرضي لم ينفذ توكيله فتوكيل الصبي المميز لاينفذ الاباجازة الولي وتوكيل الراهن على بيع العين المرهونة لاينفذ الاباجازة المرتهن وتوكيل السفيه او المفلس لاينفذ الاباجازة الولي او الغرماء وتوكيل المجنون او غير المميز لاينفذ اصلا وهكذا كل ممنوع من التصرف مطلقا او مقيداً ، نعم في ما هو معلوم المنفعة يصح للمميز ان يوكل فيه كقبول الهبة او الصدقة حتى مع عدم اذن الولي كما نصت عليه « المجلة » فى هذه المادة ، اما الموكل به أي متعلق الوكالة فاعلم انه من أهم مباحث هذا العقد اذ من الضروري انه ليس كل عمل يصح ان يأتي به الانسان يصح ان يوكل فيه وكثير من الواجبات بل والمباحات لا تتمشى فيها الوكالة شرعا وعرفا ـ اذاً فلابد من تحرير ضابطة لما تصح فيه الوكالة تميزه عما لا تصح فيه ، وقد ذكروا ان ضابطة ما لايصح فيه التوكيل هو كل عمل علم من الشارع اعتبار المباشرة فيه على وجه خاص كالواجبات النفسية العبادية مثل الصوم والصلوة والطهارة والحج الا ما قام عليه الدليل بجواز الاستنابة فيه وكذلك جملة من المستحبات مثل النوافل اليومية وزيارة الاخوان والبدأة بالسلام اما رده فهو ايضا من الواجبات التي لايصح فيها التوكيل فلو وكل شخصاً على رد

سلام من سلم عليه لم يسقط عنه وفعل حراماً بتركه و مثل ذلك كثير من الحقوق الواجبة او المستحبة كحقوق الزوجية و حقوق العيادة و غيرهما

وكل عمل علم من الشارع ان الغرض منه نفس وقوعه من دون اعتبار مباشر معين بل ولو وقع من غير مباشر اصلا كالواجبات التوصلية كطهارة الثوب او البدن اودفن الميت اوالحرف والصنايع التي يتوقف نظام البشر وحفظ الهيئة الاجتماعية عليها كالتجارة و البناية و الحياكة وامثالها فانها واجبات كفائية وتوصلية و يصح فيها التوكيل عموماً كما يصح في عامة المعاملات من البيع و الشراء والاجارة و الصلح واضرابها وفي كافة انواع المكاسب كالاحتطاب والاحتشاش والحيازة والاحياء واشباهها

﴿ و الخلاصة ﴾ ان كل ما علم اعتبار المباشرة فيه فلا توكيل فيه وماعلم عدم اعتبارها تصح فيه الوكالة ، انما الكلام والاشكال فيما لم يعلم وشك في انه من أي النوعين فلابد من تحرير الاصل الذي يرجع اليه عند الشك فقد يقال ان الشك في صحة الوكالة وعدمها في بعض الموارد يرجع الى الشك في اعتبار المباشرة و عدمها بناء على الضابطة المتقدمة واصالة عدم اعتبارها يقضي بان الاصل صحة الوكالة في كل مورد يشك فيه ولكنك خبير بان اصالة عدم اعتبار قيد المباشرة انما يجدي او يجري حيث يكون هناك عموم او اطلاق في المورد الخاص اما مع عدمه فلا مجال لذلك الأصل اصلاً

مثلاً لو قام الدليل على ان الام لها حق الحضانة على ولدها الى سنتين او اكثر وشككنا انه يقبل ان توكل غـيرها فى القيام بهذا الحق فان كـان هناك اطلاق وشككنا اجرينا اصالة عدم التقييد بالمباشرة وحكمنا بصحة الوكالة والا فلا مورد لذلك الأصل كما هو ظاهر، اما التمسك للصحة بعموم وجوب الوفاء بالعقود بناء على شمولها للعقود الجائزة فلا يخلو ايضاً من اشكال لعدم احراز صدق العقد على مثل هذا والدليل لايحقق موضوعه، وارجاع الأمر الى بناء العقلاء فى معـاملاتهم واعمالهم فما كانت المباشرة فيه لازمة عندهم لم تصح الوكالة فيه والا صحت لايجدي ايضاً لحصول الشك فى بناء العقلاء كثيراً، وعدم العلم بانهم يعتبرون المباشرة فيه ام لا مع انه يشبه ان يكون بوجه دائر فمعرفة الصحة موقوفة على معرفة عدم اعتبار المباشرة ومعرفتها موقوفة على معرفة الصحة ،،،

والتحقيق العميق ان الماليات وما يتعلق بها نقلاً وانتقالا وتحصيلا وكسبا كلها تصح فيها الوكالة لعموم ادلة السلطنة والاباحة والحلية ونحوها فتصح الوكالة فى عموم المعاملات والحيازات بل وفى الايقاعات وكذا فى عموم عقود الانكحة وتوابعها كالطلاق والعتق والابراء ونحوها فيمكن ان يقال ان الاصل فيها جميعاً الصحة الا ماخرج بالدليل كما ان الاصل فى العبادات مطلقا واجبها ومندوبها المنع الا ماورد الدليل بصحته ويلحق بها الشهادة والعهود والنـذور والايمان فلا تجري الوكالة فيها اصلا لظهور ادلتها فى اعتبار المباشرة

بل لا معنى معقول لتوكيل شخص فى ان ينذر بالوكالة عنك او يحلف كذلك او يشهد عنك .

اما الحقوق فالنظر في صحة التوكيل على استيفائها والعمل بها فهو موقوف على مراجعة دليل كل واحد منها و النظر في اطلاقه وتقييده وعمومه وخصوصه وهل يظهر منه اعتبار المباشرة فيه ام لا وهذا من خصائص الفقيه المجتهد الذي له ملكة الاستنباط والغور على دقائق الأحكام واصابة حكمة التشريع ولا يلقاها الا ذو حظ عظيم ...

ثم نعود فنقول ايضاً ان هذا البحث من اهم مباحث الوكالة ومن العجب ان المجلة لم تتعرض له لا بقليل ولا كثير وقد اعطيناك زبدته وصفوته ولله المنة ومنه التوفيق ، واتضح بما ذكرنا بقية مواد هذا الباب :



الباب الثالث

في

بيان احكام الوكالة ويشتمل على ستة فصول

مادة (١٤٦٠) يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والاعارة والرهن والايداع والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار وان لم يضفه الى موكله فلا يصح .

هذه المادة والتي تليها مادة (١٤٦١) على طولها وتفاصيلها غير وافية ولا كافية وتقسيمها غير مستوعب والحكم فيها بالتفصيل عاطل عارٍ من الدليل ، وتحرير البحث الذي هو ايضاً من المباحث المهمة في كتاب الوكالة – ان الغالب في مواقع الوكالة بين البشر هي الايقاعات وتوابعها والعقود وملحقاتها بل هما القدر المتيقن من الاعمال التي يصح فيها التوكيل بعد البناء على عدم صحته في العبادات بقول مطلق – الا ماخرج ،،،

اما الايقاعات كالطلاق والعتق والفسخ والابراء وغيرها فلا

يشترط في شيء منها ذكر الموكل في الصيغة فاذا وكله على عتق عبده وقال للعبد انت حر او وكله على طلاق زوجته وقال لها انت طالق صح كما لو قال عبد فلان حر او زوجة فلان طالق ولا يلزم ان يقول بحسب وكالتي عن فلان وهكذا سائر الايقاعات ، اما العقود فهي نوعان اما عقود الانكحة فذكر الموكل والموكلة ضروري فيها لأن الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في البيع اركانه التي لا يصح الا بذكرها فلو قالت زوجتك نفسي وقال قبلت وقصد الزواج له ونوى قصد القبول لموكله لم يقع له ولا لموكله لان العقد لم يطابق القصد فيبطل واللازم ان تقول زوجت موكلك نفسي فيقول قبلت لموكلي وهكذا نظائر ذا فيقول وكيل الزوجة لوكيل الزوج زوجت موكلي من موكلك فيقول قبلت لموكلي ، واما عقود المعاملات فهي أيضاً نوعان اما عقود المجانيات كالهبة والعارية والوديعة وامثالها فلا حاجة فيها الى ذكر الوكالة والموكل فلو قال وهبتك هذه الدابة او دار زيد وكان وكيلا عنه في هبتها صح ذكر الوكالة لفظاً اولا ، وعقود المغابنات وهي عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والمزارعة ونحوها من العقود اللازمة او الجائزة فهي اما ان تكون شخصية او كلية يعني اما ان يكون المبيع او الثمن كليا في الذمة او شخصيا خارجيا فان كان شخصياً كما لو قال له وكلتك على بيع دابتي هذه فقال الوكيل المشتري بعتك هذه الدابة صح ولو لم يذكر الموكل والوكالة بل وحتى لو لم يقصد البيع عن الموكل بل وحتى لو قصد البيع لنفسه فان محله

القصد يقع لغواً لما عرفت في ابواب البيوع من ان العوض يدخل في ملك من خرج من ملكه المعوض سواء قصد ذلك أم لا ، واما اذا كان كلياً كما لو وكله على ان يشتري له داراً بثمن كلي في ذمة الموكل فان قال البايع للوكيل بعتك الدار وكان عالماً وقاصداً انها لموكله وقال الوكيل قبلت قاصداً ذلك ايضا صح وتعلق الثمن بذمة الموكل وان كان غير عالم وقال الوكيل قبلت قاصداً لموكله ولم يذكره صريحاً صح ايضا ولكن للبايع الخيار اذا لم يقبل تعلق الثمن بذمة الموكل فله الفسخ وله الامضاء بعد العلم ، اما لو قال قبلت ولم يقصد القبول لموكله ولم يكن الثمن شخصياً حسب الفرض صار البيع له لا لموكله ولزمه دفع الثمن من ماله .

اما ما ذكرته المجلة من قضية حقوق العقد فهي في جميع الصور التي يصح العقد فيها للموكل مع علم الطرف الآخر بايعاً او مشترياً فهي للموكل وللوكيل على مقدار سعة وكالته وضيقها فان كانت مطلقة ، فله قبض المبيع واقباض الثمن والفسخ بالعيب اواخذ الأرش ويطالبه البايع بالثمن ويدفع له المثمن وهكذا وان كانت ضيقة محدودة باجراء الصيغة فقط مثلا او اوسع بقليل فليس له شيء من تلك الشئون

﴿ وبالجملة ﴾ فحقوق العقد اصالة للموكل وتبعاً للوكيل بمقدار ما جعل له الموكل نعم لو اضاف الوكيل العقد الى نفسه ولم يكن الثمن او المثمن شخصياً وادعى انه قصد الشراء لموكله والبايع لا يعلم

كان له الزام الوكيل بالثمن وامضاء البيع عليه كما ان له ان يفسخ وله امضاء البيع على الموكل حسب ما يرى من صالحه وثقته بالموكل في دفع الثمن وعدمها ، وعليك بالتدبر وامعان النظر فيما ذكرنا حتى يظهر لك انواع الخلل والضعف بما ذكرته « المجلة » في هاتين المادتين فطابق تعرف

وبهذا الطراز ، يجب ان نحرر المشاكل ونحل الألغاز ،

ثم من المعلوم ان الوكيل في منطقة وكالته امين لا يضمن الا بالتعدي او التفريط كما في مادة « ١٤٦٣ » المال الذي قبضه الوكيل الى آخرها

وكان يجب تقييد عدم الضمان بما اذا كان وكيلاً ايضاً على القبض اما لو كان وكيلا على البيع فقط فقبض وتلف المال كان ضامنا وان لم يكن منه تعد او تفريطاً مادة « ١٤٦٤ » لو ارسل المدين دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فان كان رسول المديون يتلف من ماله وان كان رسول الدائن تلف منه وبرء المديون هذا صحيح اذا لم يكن المرسل اليه اجاز ارساله او وكله على القبض والا فالتلف عليه ، مادة « ١٤٦٥ » اذا وكل احد شخصين على امر فليس لاحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به ، ولكن ان كانا وكلا لرد وديعة او ايفاء دين فلاحدهما ان يوفي الوكالة وحده ، واما اذا وكل احد آخر لأمر ثم وكل غيره رأساً على ذلك الأمر فايهما اوفي الوكالة جاز هذا البحث كسوابقه

ايضا غير محرر ولا مستوفى وتحريره انه لا اشكال في جواز تعدد الوكلاء من الموكل الواحد في امر واحد و يقع ذلك على صور « ١ » ان يجعل لكل واحد منهم الاستقلال فكل من سبق تصرفه نفذ و بطل المتأخر واذا اقترنا بطلا مع التزاحم كما لو باع احدهما الدار من زيد وباعها الآخر في ذلك الوقت من عمرو واما مع عدمه كما لو باعها كل واحد منهما من عمرو ووكيله بثمن واحد صحا معاً كما لو باع هو ووكيله في وقت واحد ولو كانا وكيلين في دفع الدين فدفعاه استرجع من الدائن الزائد مطلقاً كما لو دفع نفسه الزائد غلطاً او اشتباهاً اما لو كانا وكيلين على دفع الحق مع خمس او زكوة ودفع كل منهما الى فقير نفذ المتقدم و يسترجع من المتأخر ان كانت العين الموجودة والا فلا رجوع ومع التقارن يتخير فان التعيين له « ٢ » ان يجعلهما وكيلين على الاجتماع فلا يصح تصرف احدهما مستقلا وفي اجراء الصيغه يوكل احدهما الآخر او يوكلان ثالثا ويمكن ان يجريها كل واحد منهما فيتركب العقد من عقدين ولامانع منه « ٣ » ان يجعل الاستقلال لاحدهما و الاجتماع للثاني فيستقل الاول و ينفذ ولا ينفذ تصرف الثاني الا بموافقة الاول « ٤ » ان يطلق الوكالة و يقتصر على قوله انتما وكيلان على بيع داري فان كان لهذه العبارة ظهور عند العرف في اجتماع او استقلال فهو والا فالاطلاق واصالة عدم القيد يقتضي الاستقلال وعدم تقييدهما بالاجتماع و مع عدم احراز الاطلاق اعنى اهمال القضية وعدم

التفاته الى هذه الناحيه او الشك فاللازم الاجتماع لانه القدر المتيقن

« ٥ » ان يجعل وكيلا على بيع داره مثلا ثم يجعل وكيلا ثانيا على بيعها من دون تعرض لاجتماعه مع الاول او استقلاله فان ظهر منه عزل الاول بالثاني فهو والا كان لكل منهما التصرف مستقلا و ينفذ السابق كما سبق ، ولو مات احدهما في صورة الاستقلال حقيقة او حكماً انحصرت الوكالة بالثاني اما في صور الاجتماع فتبطل وكالة الثاني ايضا وليس للحاكم ان يضم بدله اذ لا ولاية له على الحق الموجود نعم لو كان غايبا وخيف على المال تعين النصب او الاذن للاخر بالتصرف من باب دلالة الحاكم على الغايب ولو عزل احدهما في صورة الاجتماع لم يصح للاخر ايضا ان يتصرف الا مع القرينة على ارادة استقلاله بالوكالة — هذا تمام صور المسئلة ولا فرق فيما ذكرنا بين الوكالة على رد الوديعة وايفاء الدين او غيرهما و الفرق بينهما و بين غيرها تحكم بلا دليل وتفصيل بلا وجه

مادة « ١٤٦٦ » ليس لمن وكل فى خصوص امر ان يوكل غيره به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برأيك فعلى هذا الحال للوكيل ان يوكل غيره و يكون وكيلا للموكل لا للوكيل ولا ينعزل الثاني بعزل الوكيل الاول او بوفاته

هذه ايضا محتاجة الى التحرير وما ذكر انما يصح فى بعض الفروض دون بعض وعلى بعض التقادير لا على كل تقدير ، وتوضيح ذلك ان اطلاق الوكالة لا يقتضي جواز ان يوكل الوكيل غيره فى العمل

الذي وكل فيه الا ان يصرح له الموكل بذلك او يجعل له الوكالة العامة فيقول له اعمل برأيك في كل ما تراه صالحاً وما اشبه ذلك وحين اذ ياذن له او يفوض الامر اليه فلا يخلو اما ان يظهر منه الاذن في جعل الوكيل عن الموكل او عن الوكيل اولا يظهر منه شيء من هذه الناحيه وعلى الاول يتم ما ذكر فى المادة من انه لا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته بل لا يصح للاول عزله ولا محاسبته الا باذن جديد من الموكل الاول وعلى الثاني يكون امر الثاني الوكيل الاول بعزله كما ينعزل بموته وليس للموكل الاول ان يعزله لانه ليس منصوبا منه نعم لو عزل الاول سقط الثاني لانه فرع منه وتبع له ، وعلى الثالث حيث لا ظهور فى كلامه على احد الامرين اولم يكن ملتفتاً الى هذه الجهة كما لعله الغالب فالمرجع الى الاصول فلا ينعزل الا بعزلهما معادلا ينعزل بموت الوكيل استصحابا لبقاء وكالته فى الحالين وهكذا

(١٤٦٧) اذا اشترطت الاجرة فى الوكالة واوفاها الوكيل يستحقها وان لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالاجرة يكون متبرعا ليس له اجرة

اطلاق الوكالة يقتضي عدم الاجرة ولو شرطها لزمت وانقلب عقد الوكالة الى عقد اجاره فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الاجارة وتعيين العمل والمدة ومقدار الاجرة فلو حصلت الجهالة فى شيء من ذلك بطلت وكان له اجرة المثل لوقام بالعمل ومع اجتماع شروط الاجارة

تنقلب من الجواز الى اللزوم كما هو حكم الاجارة ، اما مع الاطلاق وعدم الشرط فلا حق له بالاجرة سواء كان ممن يخدم بالاجرة ام لا فالتقييد فى المجلة لاوجه له

الفصل الثانى
فى
فى الوكالة بالشراء

مادة « ١٤٦٨ » يلزم ان يكون الموكل به معلوما بمرتبة يكون ايفاء الوكالة قابلا على حكم الفقرة الاخيرة من مادة « ١٤٥٩ » يعني اعتبار المعلومية فى ما وكل به من بيع او شراء او نحوه

وخلاصة تحرير هذا البحث كما هو حقه ان المعلومية المعتبرة ليست كالمعلومية فى باب البيع والاجارة ونحوهما بل يكفي المعلومية فى الجملة فلو قال وكلتك فى شراء فرس لي كفى وصح ان يشتري له اي فرس بنظره و لكن لايصح فى البيع ان يقول بعتك فرسا مالم يعينها وصفا او خارجا نعم لو عين الموكل فرسا معينة بوصف او باشارة لزم الوكيل ان لايتعدى الى غيرها فلو تعدى كان فضوليا ومع عدم الاجازة يضمن الثمن فالضابطة الكلية فى هذا الباب ان الموكل اذا ذكر الموكل به من بيع او شراء او زواج او طلاق وجب تعيينه

بنحو يمكن القيام به الوكيل ثم ان قيد بعد ذلك بقيود وجب اتباعها والا كان الخيار للوكيل مثلا لو قال انت وكيل على ان تزوجني من امرأة كان له تزويجه من أي امرأة يختارها ولا تبطل الوكالة بعدم تعيين المرأة اما لو قال له انت وكيل تزوجني من امرأة بغدادية تعين ذلك ولا يصح تزويجه بغيرها وهكذا لو وكله على شراء حنطة اوحنطة المزرعة الفلانية وعلى هذا القياس في جميع الموارد .

ومن هنا ظهر انه لا مانع من صحة الوكالة لو قال اشتر لي دابة او ثيابا او قال حريرآ و لم يعين نوعه او ثمنه فتصح خلافا المجلة نعم لوقيده الموكل بنوع مخصوص اوثمن محدود تعين اما مع الاطلاق فالاختيار للوكيل الا ان يكون عرف خاص اوعام فيحمل الاطلاق عليه ويكون بمنزلة القيد اما الاثمان فمع تعيين الموكل لها تتعين ومع عدمه تنصرف الى ثمن المثل فما دونه فلو اشترى ما كثر من ثمن المثل او باع باقل منه كان فضوليا

ولعل بهذا البيان اتضحت جميع مواد هذا الفصل وامتاز الصحيح منها من القيم على ان بعضها واضح غير محتاج الى البيان و بعضها تكرار مستدرك و الكثير غير مستقيم ، ولو عين له ثمنا لزمه ان لا ياخذ بالازيد قطعا اما الاخذ بالانقص فهو جائز حسب المتعارف الا ان يعلم بان له غرضا خاصا بذلك المقدار فلا يجوز التخطي عنه مطلقا ومثله الكلام في النقد والنسيئة فما ذكر في مادة ﴿ ١٤٧٩ ﴾ على اطلاقه غير صحيح اذ قد يكون للموكل غرض معقول في الشراء

نقدا ولا يرضى بالنسيئة فتجاوز الوكيل من النقد الى النسيئة يجعله فضوليا او باطلا فليتدبر

مادة « ١٤٨٥ » ليس الوكيل ان يشتري الشيء الذي وكل بشرائه لنفسه الى آخرها

أليس هذا من الجزاف ! وماوجه منع الوكيل من شراء الشيء لنفسه مع ان البايع حر في بيع ماله لمن شاء و المشتري وكيلا اوغيره كذلك والوكالة عقد جائز و الشراء لنفسه في الحقيقة رفض للوكالة وعزل لنفسه عنها ولا يلزمه اعلام الموكل بخلاف العكس نعم في بعض المقامات قد يكون ذلك خلاف المروة وشبه الخيانة ولكن لا على وجه يجعله حراما وممنوعا بل له ان يشتري لنفسه ولموكله كما نصت عليه مادة « ١٤٨٦ » لو قال احد اشتر لي فرس فلان الى آخرها

و يشبه ان يكون بين هذه المادة والتي قبلها تهافت ، كما ان عدم تصديقه لو قال بعد تلف الفرس اوحدوث العيب اشتريتها لموكلي محل نظر بل يصدق بيمينه لان الوكيل امين وهوادرى بقصده ولا يعلم الامن قبله مادة (١٤٨٨) لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح هذا ايضا لا وجه له الا ان يصرح الموكل بذلك اوتقوم قرينة اوعرف عليه مادة « ١٤٩٢ » اذا تلف المال المشتري في يد الوكيل بالشراء اوضاع قضاء يتلف من مال الموكل ولكن لوحبسه الوكيل لاجل استيفاء الثمن وتلف فى ذلك الحال اوضاع يلزم على الوكيل اداء ثمنه

ولكن يرجع به على الموكل لان حبسه كان بوجه مشروع نعم لو كان الثمن مؤجلاً وحبسه ثم تلف في يده كانت الغرامة عليه لانه حبس غير مشروع يزول به الامانة و تكون يده يد ضمان لا ائتمان

مادة «١٤٩٣» ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل الا اذا كان مطلقا بالبيع و الشراء حسبما يراه

الفصل الثالث

في

الوكالة بالبيع

خلاصة مواد هذا الفصل باجمعها ان الوكيل المطلق على البيع من دون تعيين ثمن او وقت او غيرهما يبيع كيف شاء قليلا او كثيراً واذا عين الموكل له ثمناً او وقتاً بان قال له مثلا بع فرسي على فلان بالمبلغ المعين وجب عليه ذلك فلو باع باقل او على غير من عينه الموكل كان فضولياً ولو سلم المبيع في هذا الحال كان ضامناً ، ولو اشتراه لنفسه مع الاطلاق وبثمن المثل او اكثر صح عندنا خلافا لمادة « ١٤٦ » اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح.

نعم يصح هذا لو منعه صريحا او قامت قرينة اما بدونهما فلا

وكذا الكلام في النقد والنسيئة والمدة ان قيد الموكل بشيء منها لايجوز للوكيل تعديه والا فان كان عرف عام او خاص فهو المتبع والا اخذ بالقدر المتيقن وهو النقد واقل مدة في النسيئة وهكذا .

الفصل الرابع
في
﴿ بيان المسائل المتعلقة بالمأمور ﴾

مادة (١٥٠٦) اذا امر احد غيره باداء دينه واداه من ماله يرجع ذلك الى الآمر شرط الآمر رجوعه املا – يعني قال على ان اؤديه لك او خذه مني او لم يقل غير اد ديني فقط ،، هذه المعاملة غريبة الشكل في المعاملات اذ ليست هي وكالة لامحضة اذ الوكالة انما هي في مال الموكل لامال الوكيل ولاهي قرض اذ القرض يحتاج الى قبض ولا هي حوالة اذ المفروض ان المأمور بريئي ، واغرب منها مالو تبرع وادى الدين بدون امر حيث يسقط الدين ولا رجوع على المديون فكيف يسقط دين شخص بمال غيره وهذه مواضعات جارية عند العرف متفق عليها ظاهراً وتطبيقها على القواعد والاصول العامة مشكل ، وقد صبه السيد الاستاد قدس سره بقالب آخر فقال : يجوزان يوكل غيره في اداء دينه من ماله تبرعا او مع الرجوع عليه بعوض ما اداه .

ولكنك عرفت ان هذا لايتفق مع اصول الوكالة فان التوكيل

انما يصح للانسان على ماله لا على مال الغير ثم زاد ﴿ قده ﴾ في الغرابة والاشتباه عن القواعد فقال : ولا يصير المدفوع ملكا للموكل قبل دفعه بل ينتقل الى الدائن وهو ملك للوكيل (انتهى) وكيف يعقل ان يكون مال شخص عوض ما في ذمة شخص آخر وقد مر عليك غير ان العوض لا بد وان يخرج ممن دخل المعوض في ملكه ، اللهم الا ان ترفع اليد عن هذه القاعدة كما في (خذ مالي هذا واشتر به طعاما لك)

وقد فرع السيد (ره) على ما ذكره مالو كان مديوناً لذمي فوكل ذمياً اخر على وفائه فدفع له خمراً او خنزيراً فعلى الانتقال الى ملك الدائن لا يصح وعليه يصح قال ! ويجوز ان يوكل غيره فى اداء ما عليه من الخمس او الزكوة تبرعا او بعوض اذ لا يلزم ان يكون اداء الخمس او زكوة من مال من عليه بناء على المختار من جواز الشراء لنفسه بمال غيره مع اذنه وعدم منافاته لحقيقة البيع والشراء ودعوى لزوم دخول المعوض فى ملك من خرج عن ملكه العوض ممنوعة اذ ليست حقيقة البيع الا مبادلة المالين ، انتهى ولا يذهبن عنك ان المبادلة التي اعترف انها هي حقيقة البيع لو تاملتها تجدها الا القاعدة المزبورة التي منعها مع ان ظاهرهم الاتفاق عليها لانها نفس حقيقة البيع اذ اي معنى للمبادلة بين المالين الا كون هذا فى موضع ذاك اي يدخل احدهما الى المحل الذي خرج منه الآخر فيملأ ذلك الفراغ ويشغل ذلك الشاغر ، والا فما معنى المبادلة لولا ذلك ! وبماذا

التحقق ! و هـذا هو معنى العوضية ايضا فتأمله تجده جليـا واضحا ومصاص التحقيق فى هذا المجال ان التوكيل فى التبرع لامعنى له اصلا ، اذ المتبرع يعمل باختياره وحريته سواء اذن له المتبرع عنه ام لم ياذن وكله ام لم يوكله بل اومنعه لم يؤثر المنع فى صحته وترتب اثره ولكن لابد لتصحيحه من انه بقصد وفاء دينه بنقل المال الى المتبرع عنه انا ما ولكن بقيد انه لوفاء الدين ثم يدفعه للوفاء كما لواشترى له بماله اي بمال المشتري طعاما ، واما التوكيل مع شرط الرجوع فلابد لتصحيحه من درجة اما فى الضمان بناء على توسيع دائرته اوفي الاقتراض والتوكيل على قبضه عنه ودفعه لوفاء دينه ولوقال المدبون خذ دينك من فلان وانا ادفع له فهي حوالة على البرين ، وعلى كل ولا محيص من تخريج وجه لهذه المعاملات كي تندرج فى الاصول العامة و القواعد المسلمة التي لا يصح هدمها و الشذوذ عنها فاغتنم هذا وبالله التوفيق

ولعل من اجل تضمنه للوكالة ادرجته المجلة فى مباحثهـا ،

ثم ان اكثر مواد هذا الفصل واضحة ، وقد يحتاج بعضها الى يسير من التوضيح مثل مادة (١٥٠٨) فان المراد انه اذا امره بالصرف على عياله او بناء داره ينصرف المتعارف من المصرف حسب شأنهم وعادتهم فلو كان من شأنهم الالاف فى الشهر فصرف الفين لا يرجع الا بالف وهكذا الدار حسب شأن الآمر ان لم يعين وان لم يشترط لما عرفت مكرراً من ان مال المسلم محرم لا يسقط الا بالتصريح

بالتبرع وتأويل الرجوع هنا اما الى ارادة اصرف وانا اضمن لك البدل واما اقرضني واصرفه على عيالي ، مادة (١٥٠٩) لوامر احد آخر بقوله اعط فلانا ،،، محصلً هذه ان امر الآمر من حيث الرجوع و عدمه يدور مدار القرائن و الامارات من حال و مقال فمثل اعط هذا الفقير ولم يقل وانا ادفع لك ظاهر فى ان يدفع له من ماله اي مال الدافع بخلاف ادفع الى عيالي فانه ظاهر فى الضمان وان لم يشترط وهكذا ، مادة (١٥١٠) لايجري امر احد الا في حق ملكه ،،، مبنية على قضيته السبب والمباشر ، والمباشر هنا اقوى من السبب فيكون الضمان عليه اي على ماقي المال فى البحر لا على الآمر مادة (١٥١١) او امر احد آخر ،،، كل وعد لايجب الوفاء به بل يستحب استحباباً كالوجوب خصوصاً عند اهل الشرف و الغيرة فلو طلبت من شخص وفاء دينك و وعدك بذلك لا يلزم به له وما عقديا ولكنه يجب اشد الوجوب وجوبا اخلاقيا (ووعد الحر دين) كما يقولون ، نعم لا يجبر عليه اذا لم تجبره شهامته وكرم طبعه — كما يجبر لو كان له عليه دين وقال له ادفع ديني الى غريمي فلان كما فى مادة (١٥١٢) و بقية المواد واضحة المراد و المدرك

الفصل الخامس
فى
(حق الوكالة بالخصومة)

قد استبان لك من مجموع فروع الوكالة انها تدور مـدار ما يعطي الموكل للوكيل من السلطة صراحة او دلالة بحال او مقال اوعرف او عادة و التوكيل فى الخصومة من اخصب حقولها ، ومهـابط سيولها ، ولا سيما فى هذه الاعصار التي كثرت فيهـا الخصومات فاستوجب كثرة الوكلاء والمحامين العارفين بالقوانين مضافا الى انه لا يليق باهل الشرف و الكرامات الوقوف فى المحاكم والمزاولة للخصومة المزرية بذوي الشئون ، ولكن الوكيل فيها كالوكيل فى غيرها لا يتعدى حدود ما وكل فيه صراحة اودلالة فاذا وكل على الدفاع فقط لم يجز له الاعتراف ولا الصلح ولا التنازل نعم او اعطاه وكالة عامة حسبما يراه جاز له ذلك سوى الاقرار فـلا يجوز له الا بالنص عليه بالخصوص ان قلنا بانه مما تصح فيه الوكالة على تأمل اما العموم فهو منصرف عنه اي عن الاقرار ولا فرق فى قبول اقرار الوكيل عن الموكل وعدم قبوله بين وقوعه بحضور الحاكم او غيرحضوره واذا قلنا بصحته ولو في بعض خصوصيات الدعوى او كان مقدمة

لكسب الدعوى وصيرورة الحق له فلا ينعزل واذا قلنا بعدم صحته يقع لغواً ولا ينعزل الا بعزل من الموكل او ظهور الخيانة الموجبة للانعزال قهراً فليتدبر

الفصل السادس
في
(بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل)

حيث ان الوكالة كما عرفت قد جائز فللموكل ان يعزل الوكيل كما للوكيل ان يعزل نفسه مطلقا سواء تعلق بالوكالة حق الغير ام لا غايته ان الموكل فيما لو عزل الوكيل على بيع الرهن عند حلول الاجل يجب عليه بيع الرهن بنفسه اولوكيل اخراو بدفع الدين ولا ببيع الرهن وصرف تعلق الحق على الموكل لا يوجب عليه ابقاء الوكيل مع امكان خروجه من الحق بوسائل اخرى كثيرة كما ان تعلق الحق على الموكل لا يسلب حريته في عزل نفسه الا ان يكون مستأجراً او شرط ذلك عليه في عقد لازم وهو خروج عن محل البحث لان الكلام في الوكالة المجردة من حيث هي ومن هنا ظهر ضعف او فساد ما في مادة (١٥٢١) ومادة (١٥٢٢) وفيها : ولكن لو تعلق به حق الغير يكون مجبوراً بايفاء الوكالة

اذ لا وجه لجبره مع ان الوكالة عقد جائز ولا ملزم في البين وكذلك لو وكل على الخصومة بطلب المدعى وغاب الموكل فان له عزله في غيابه وتوكيل غيره ولا يتعين عليه ابقاء ذلك الوكيل وكل هذا واضح ولا اعرف وجهاً معقولا لما ذكرته « المجلة » نعم لا اشكال في ان اثر الوكالة ونفوذها يبقى الى ان يبلغه خبر العزل فلو باع قبل بلوغ خبر العزل اليه كان بيعه نافذاً على الموكل وليس له رده ، كما في مادة « ١٥٢٣ » وهذا لدليله الخاص والا فالقاعدة لا تقتضي ذلك ففي الخبر المعتبر قال سلام الله عليه من وكل رجلا على امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج عنها كما اعلمه بالدخول فيها ، اما لو عزل الوكيل نفسه فلا يبقى على وكالته الى اعلام الموكل ولا معنى لبقائها في عهدته وقد عزل نفسه ولا يجب عليه الاعلام ايضا كل ذلك لعدم الدليل وبطلان القياس عندنا التي تبتني عليه مادة (١٥٢٤) اذا عزل الوكيل نفسه يلزم ان يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته الى ان يعلم الموكل

نعم ما ذكر في مادة « ١٥٢٥ » من قضيته لزوم اعلام المديون بعزل الوكيل على قبض الدين فلو لم يعلمه الموكل اي الدائن ودفع الى الوكيل برأت ذمته بلا اشكال لانه معذور بعدم العلم

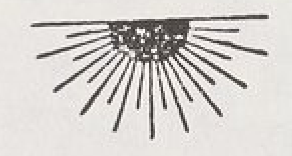
ثم ذكرت « المجلة » بقيه اسباب العزل في المواد الباقية وهي

[١] موتهما اوموت احدهما ، [٢] وجنونهما اوجنون احدهما

[٣] انتهاء العمل الذي وكل به ، وبقى اسباب اخرى لم

تذكرها المجلة « منها » زوال موضوع الوكالة كما لو ماتت الدابة الموكل على بيعها « ومنها » الحجر على الموكل فيبطل توكيله على تصرفاته المالية « ومنها » عروض الرق او الردة الموجبة لقسمة امواله لانها بحكم الموت (ومنها) عروض الفسق فيما لو كان وكيلا على اموال الايتام اوالوقف او كان مقيداً بالعدالة (ومنها) عروض الاغماء

وقد بقيت في الوكالة مباحث مهمة وتحقيقات واسعة لم تتعرض لها « المجلة » ولا تسمح لنا الاحوال الراهنة بذكرها ونشرها ، منها مباحث النزاع بين الوكيل والموكل :



الكتاب الثاني عشر

(في الصلح و الابراء)

ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب . المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالصلح والابراء

المقدمة

مادة « ١٥٣١ » الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي

هذا التعريف كسائر تعاريفهم قاصر بعيد عن حقيقة هذا العقد ، وحقه ان يقال : انه عقد شرع لحسم الخصومة محققة فعلا اومقدرة فرضا ، وهو من اسمى التشريعات الاسلامية واشرف مؤسساتها وقد وردت في القرآن المجيد ايات كريمة في التنويه عنه والحث عليه « انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم » وهذه الجملة « نجمة الصباح » في افق التشريع ومثلها « فلا جناح ان يصلحا بينهما صلحا . والصلح خير » ، ثم تعقبتها السنة النبوية وزادته وضوحا بالحديث النبوي المشهور « الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا او حلل حراما » وقد سبق بعض الكلام فيه في مباحث الشروط ويأتي نبذة منه

الكتابة ولا الاشارة من القادر على الكلام وتلزم فيه سائر ما يلزم في العقود من الرضا والاختيار و القصد و التوالي و التطابق وهو عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل او شرط الفسخ او احد الخيارات العامة كالغبن و العيب ونحوهما ، و يصح مع الانكار والاقرار و السكوت كما في مادة ﴿ ١٥٣٥ ﴾ الصلح ثلاثة اقسام الى آخرها

نعم يختلف عن سائر العقود اللازمة بتحمل مقدار من الجهالة لا تتحمل في سائرها كما سيأتي ، واركان الصلح خمسه ـ العقد ، المصالح المصالح له ، المصالح عنه ، المصالح به ، ولكل واحد شروط ، اما شروط العقد فما عرفت ، ولفظه الصريح صالحت اوصالحتك ومشتقاتها ، وصحته بمثل تراضينا واتفقنا و القرار بيننا وامثال ذلك مع قصد تلك الحقيقة غير بعيدة ﴿ وحقيقته ﴾ ليست هي صرف التسالم كما يقال بل هي الالتزام بالتسالم والتعهد برفع الخصومة الموجودة او المفروضة كما عرفت ولا يلزم تصور المتصالحين كل هذه الخصوصيات بل هي معان ارتكازية يكفي قصدها الاجمالي بقصد حقيقة الصلح و يصح الايجاب والقبول من كل منهما فلا يختص الايجاب من واحد والقبول من اخر كما في بعض العقود . وقد اهملت المجلة هذا البحث اعني البحث في صيغة هذا العقد و الفاظه كما اهمله كثير من اصحابنا

اما المصالح و المصالح له فلا يعتبر فيهما اكثر من الشرائط العامة في المتعاقدين سوى ان البلوغ يمكن ان يكتفى عنه هنا بالتمييز ولكن مع اذن الولي و كفاية صدور الصيغة منه مع الرشد وعدم الحجر

وامثالها كما في مادة (١٥٣٩) يشترط ان يكون المصالح عاقلا الى آخرها

واما المصالح عنه فهو اعم من العين و الدين و الحق و المنفعة و الدعوى او تقرير امر بينهما ، و هو اعني المصالح عنه ركن فى عقد الصلح اذ لابد ان يصالحه عن شيء او على شيء ، اما المصالح به فغير لازم و يمكن تحقق الصلح بدونه كما في الصلح المفيد فائدة العارية او الهبة ، وهو أي الصلح عقد مستقل وان افاد فائدة البيع او الاجارة او الهبة او الابراء وانفرد الشيخ الطوسي اعلى الله مقامه بكونه تابعاً لمفاده فان افاد فائدة البيع فهو بيع وان افاد فائدة الهبة فهو هبة وهكذا وتظهر الثمرة في ترتيب احكام البيع عليه وعدمها ومن خيار مجلس وغيره وفساده بالجهالة ونحوها بخلافه على المشهور وفي الهبة بلزوم القبض وعدمه ولكن من المعلوم ان افادة عقد فائدة الآخر لايقتضي وحدتهما يعني ان وحدة المسبب لا تستلزم وحدة السبب ، وعلى كل فيلزم في المصالح به المعلومية وعدم الجهالة ولو في الجملة فالجهالة المفسدة في البيع لا تفسد الصلح وانما تفسده الجهالة المطلقة كما يلزم كونه صالحاً للملكية ومملوكاً للمصالح او ممـا له الولاية عليه بنحو وتجري فيه الفضولية ويقف على الاجازة اما المصالح عنه ولا تقدح فيه ايضا الجهالة ويصح حتى عن اليمين و عن الدعوى وان كانت مجهولة نعم يعتبر في صلح الولي عن الصغير حصول الغبطة له بذلك فلو خلا عن مصلحة الصغير بطل كما فى مادة «١٥٤٠» اذا

صالح ولي الصبي عن دعواه الى آخرها ، واما - مادة (١٥٤٣)
فقد سبق فى مباحث الوكالة مايغني عنها فان الصلح كالبيع من بعض
الجهات فان صالح الموكل كان العوض عليه ان صرح بذلك الا
اذا كان كفيلا عنه وان قصده ولم يصرح كان للمشتري او المصالح
الزامه بالعوض ويرجع به على الموكل وان لم يقصده كان متبرعا ، هذا
كله مع ثبوت الوكالة وتحققها اما مع عدمها فهو فضولي او متبرع كما
في مادة « ١٥٤٤ » وتحرير هذه المادة أن من صالح عن دعوى بين
اثنين بغير اذن ولا طلب من المدعى عليه فان صرح ان عوض الصلح
في ذمته او في عين خارجية من امواله فهو متبرع و يلزمه دفع العوض
لان الصلح صحيح ولازم وان عينه في مال المدعى عليه فهو فضولي
موقوف على اجازته وان اطلق ولم يعين حتى في القصد كان ايضا
بحكم الفضولي وان كان الاطلاق يقتضي ان العوض عليه فليتأمل .

الباب الثانى
فى
{ بيان بعض احوال المصالح عليه والمصالح عنه وبعض شروطهما }

مادة « ١٥٤٥ » ان كان المصالح عليه عينا الى آخرها .

يمكن ان يعطى قاعدة كلية وهى ان كلما يصح ثمنا في البيع يصح الصلح به وعليه ولا عكس فان المجهول فى الجملة لا يصح ثمنا فى البيع ويصح عوضاً فى الصلح فتقول صالحتك عن دعواك بما فى قبضة يدى ولا يصح مثله فى البيع .

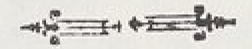
مادة «١٥٤٦» يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح ...

هذا الشرط طبيعي فى جميع عقود المعاوضات بل وغيرها ولكن هو شرط فى نفوذها وترتب آثارها فورا لا شرط فى صحتها فهي من غير المالك صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة المالك ، وعليه فلا يصح قول المجلة هنا : لو اعطى المصالح مال غـيره بدل الصلح لا يصح صلحه .

مادة « ١٥٤٧ » يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه

معلومين . .

قد عرفت ان المعلومية ولو فى الجملة كافية فى صحة الصلح في المصالح عليه والمصالح عنه سواء كانا محتاجين للقبض والتسليم ام لا نعم الجهالة المطلقة مانعة فلو صالحه على ان يعطيه ولم يعين جنسه او مقداره بطل لان الصلح شرع لحسم مادة النزاع ومثل هذا الصلح مما يعدها و يزيدها ، ولكن لو قال بدراهم بين العشرة والعشرين صح وان كانت لاتصح في البيع ونحوه .



الباب الثالث
فى
﴿ المصالح عنه ويشتمل على فصلين ﴾

الفصل الاول
فى
﴿ الصلح عن الاعيان ﴾

مادة (١٠٤٨) ان وقع الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط تجري دعوى الشفعة ..

عرفت ان الاصح هو ان الصلح عقد مستقل حتى في الموضع الذي يفيد فائدة البيع او الاجارة واشتراك عقدين في نتيجة واحدة لايقتضي تساويهما فى الاحكام وكان حق المقام بناء على كون المصالحة بين المالين بيعا ان تقول المجلة انه يجري خيار المجلس ونحوه مما يختص بالبيع اما خيار العيب والشرط فهي من الخيارات العامة وتجري فى الصلح سواء كان بيعا او مستقلا وعلى كل فالحق ان الاحكام الخاصة بالبيع كالشفعة وخيار المجلس لا تجري

في الصلح ولا ينافي هذا انه لو ظهر البدل مستحقاً يرجع المصالح له على المصالح بعوضه ان كان كلياً فانه من الاحكام العامة ويبطل الصلح ان كان العوض شخصياً فتدبره جيداً ، ومن هنا تعرف وجه النظر في مادة (١٥٤٩) ان وقع الصلح عن الاقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في حكم الاجارة ،،،

يعني لو ادعى عليه مالا واقر به ثم صالحه عنه على سكنى سنة مثلا في داره كانت اجارة ولكن لا ثمرة هنا بين الاجارة والصلح فافهم

مادة ﴿ ١٥٥٠ ﴾ الصلح عن الانكار او السكوت هو في حق المدعي معاوضة و في حق المدعى عليه خلاص من اليمين وفداء ،،،

الاصح انه معاوضة في حقهما معاً غايته ان المعوض من جهة المدعي هو حق اليمين والاستحلاف و العوض من جهة المدعى عليه مال او عقار يدفع به اليمين عن نفسه ، بناء عليه لا تجرى الشفعة فيه مطلقا اما لو ظهر مستحقاً فالحكم ما عرفت من البطلان في الشخصي و الرجوع في الكلي فتدبره جيداً

مادة ﴿ ١٥٥١ ﴾ لو ادعى احد مالا معيناً كالروضة وصالح على مقدار منها ،،، هذا من الموارد التي يكون الصلح فيها مفيداً فائدة الابراء والاسقاط يعني ان المدعي اسقط دعوى بعضها ورضي ببعض منها وصالحه على ذلك وهو ايضا من قبيل الصلح بلا عوض مالي او مادي ومنه يعلم تمام الكلام في المواد الاربع المذكورة في ..

الفصل الثانى

في

بيان الصلح عن الدين اي الطلب و سائر الحقوق

فان جميعها مبنية على قضية الاسقاط والابراء والصلح بلاعوض خارجي

الباب الرابع

فى

بيان احكام الصلح والابراء و يشتمل على فصلين

الفصل الاول

في

بيان المسائل المتعلقة باحكام الصلح

مادة « ١٥٥٦ » اذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط
الرجوع ،،، عرفت أن الصلح عقد لازم حتى فيما لوافاد فائدة العقود
الجائزة كما لو صالحه على العارية او المضاربة اوالهبة لم يكن لاحدهما

الفسخ نعم يصح فيه التقايل برضاهما كما يصح في البيع لان الحق لهما
ولكن الصلح في موضع الاسقاط والابراء لامعنى للتقايل فيه كما نبهت
عليه مادة « ١٥٥٨ » ان كان الصلح في حكم المعاوضة الى آخرها

ثم ان من شان العقود اللازمة عدم البطلان بالموت كما في مادة
« ١٥٥٧ » كما أن مقتضى اللزوم انه لو صالحه عن دعواه سقط
حق المطالبة باليمين طبعاً وعليه مادة (١٥٥٩)

وقد ظهر مما سبق تمام الكلام في مادة « ١٥٦٠ » وحاصلها ان
المال المصالح به اذا ظهر مستحقا فان كان كليا في الذمة ودفع المصداق
فظهر انه مستحق فلا يدخل على الصلح خلل بل يبدله بمصداق
آخر وان كان شخصيا متعينا بطل .

الفصل الثاني
في
بيان المسائل المتعلقة باحكام الابراء

مادة (١٥٦١) اذا قال احد ليس لي مع فلان نزاع ولا دعوى
الى آخرها ...

حقيقة الابراء هو اسقاط مال او حق مالي لشخص على آخر وهو
ايقاع لاعقد فلا يحتاج الى ايجاب وقبول الا اذا كان بطريق
الصلح فاذا سقط لا يعود فلا موضع فيه للفسخ والاقالة كما في مادة

« ١٥٦٢ » اذا ابرأ احد آخر الى آخرها وهو انما يتعلق بحق ثابت فلا يشمل ما يثبت بعد ذلك كما في مادة (١٥٦٣) ليس للابراء شمول لما بعده ،،،

ثم ان اسقاط الدعوى انما يصح لأنها حق مالى اما لو لم ترجع الى مال كدعوى حق القذف اوحق الغيبة فيشكل سقوطه بالاسقاط كما يشكل المصالحة عليه بالمال نعم يظهر من بعض الاخبار سقوط حق الغيبة بالاسقاط وبراءة ذمة المستغيب بابراء المستغاب فليراجع ، ولا ريب ان الابراء يكون عاما و يكون خاصاً على حسب تقييد المبرأ كما في مادة « ١٥٦٥ » والتي قبلها « ١٥٦٤ » وباقي مواد هذا الفصل واضحة لامناقشة فيها سوى مادة « ١٥٧٠ » اذا ابرأ الذي في مرض الموت احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا واما لو ابرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله

فانه عجيب وغريب وحكم معكوس فان القريب وهو الوارث اولى من الاجنبي بالاحتساب عليه من الثلث هذا لو قلنا بان منجزات المريض من الثلث اما لو قلنا بانها من الاصل فلا اشكال في الصحة و النفوذ مطلقا (والخلاصة) انه لو ابرأ المريض مدينه وارثا او غيره صح من الأصل مطلقا على القول بان منجزاته من الأصل و يصح من الثلث على القول الآخر مطلقا ايضا بل في الصورة الأولى اولى .

الكتاب الثالث عشر

﴿ في الاقرار ﴾

﴿ و يشتمل علي اربعة ابواب ﴾

الباب الاول
فى
﴿ فى بيان بعض الاصطلاحات الفقهية ﴾

مادة (١٥٧٢) الاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه لآخر ،،، عرف فقهاؤنا الاقرار بانه اخبار عن حق سابق لا يقتضي تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه واخصر منه انه اخبار عن حق ثابت ـ لاخراج الاخبار عن حق يثبت كالاخبار بانه سوف يملكه فانه وعد لا يجب الوفاء به فقها وان وجب اخلاقا ، ثم ان من احكام الاسلام الضرورية نفوذ الاقرار ولزومه على المقر ولكن بعد استجماع الشرائط في المقر ، والمقر له ، والمقر به ، وصيغة الاقرار ويتضح اكثر هذه الاعتبارات والملاحظات من المواد الآتية ، اما شرائط المقر فهي كما في مادة ﴿ ١٥٧٣ ﴾ يشترط ان يكون عاقلا بالغا ـ الى قولها : ولكن الصغير المميز المأذون في حكم البالغ في الخصوصيات المأذون بها :

الوصية والصدقة ونحوها من ابواب المعروف وان لم يكن ماذونا ولازم هذا نفوذ اقراره فيها لقاعدة (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) كما انه لو كان ماذونا من الولي في بيع او شراء ونحوهما نفذ اقراره فيها ايضا واليه اشارت (المجلة) واقوى شروط نفوذ الاقرار كونه صادراً عن رغبة واختيار ، فلو كان مكرها على اقراره لم يكن له اثر كما نصت عليه مادة « ١٥٧٥ » يشترط في الاقرار رضا المقر ،،، وان لايكون محجوراً عليه لسفه او فلس كما في مادة (١٥٧٦) ان لايكون المقر محجوراً الى آخرها .

وكذا يشترط ان يكون المقر به محتمل الوقوع عادة فلو قال الفقير المعدم استقرض من مثله الف دينار بطل هذا الاقرار ، ومثله مالواقر بالبلوغ وجسده لايساعد على ذلك كما في مادة « ١٥٧٧ » يشترط ان لا يكذب ظاهر الحال الاقرار ،،، ولم تتعرض المجلة لبقية احكام الاقرار بالبلوغ كما لم تتعرض لشيء من احكام الاقرار بالنسب مع انهما من امهات مباحث الاقرار وقد استوفى فقهاؤنا احكام كل منهما مفصلا ونحن نتعرض لكل واحد منهما موجزا فنقول : ذكر بعض فقهائنا ان الصبي او الصبية لو اقر بانه بالغ فان ادعاه بالاحتلام قبل منه بلا يمين والا لزم الدور ، ودفعه بان البلوغ موقوف على اليمين واليمين موقوف على امكان البلوغ غير تام ، وان ادعاه بالانبات توقف على الاختبار وان ادعاه بالسن توقف على البينة

« وتحرير » هذا البحث بما هو امتن وارصن يستدعي تمهيد

مقدمتين قبلا (الاولى) ان الدليل الذي يعتمد عليه في اصل حجية الاقرار هو النبوي المشهور (اقرار العقلاء على انفسهم جائز) مضافا الى اشعار جملة من الآيات المجيدة : كونوا قوامين بالقسط شهداء بالحق ولو على انفسكم) ومقتضى اطلاق النبوى المزبور ان المدار في الاقرار هو العقل لا البلوغ فلو اقر العاقل اي الرشيد المميز بشي نفذ اقراره وان لم يكن بالغا ونسبة الدليل المزبور الى ادلة رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعدم ترتيب اثر على تصرفاته وان كان هى العموم من وجه فيتعارضان فى الصبي العاقل ولكن لا يبعد ان الترجيح لدليل الاقرار فيخصص به عموم رفع القلم وذلك لوجوه اقواها ان تعليق الجواز على العقل بانه هو الملاك فان العاقل لا يعترف بما يضره كاذبا فيكون له مثل نظر الحكومة على الادلة ومفاده ان اقرار العاقل نافذ عليه بالغاً كان او غير بالغ

(الثانية) ان الاحكام التي تنفذ بالاقرار على المقر هى التي عليه لا التي له فلو اقر الصبي بالبلوغ ترتب عليه وجوب الصوم و الصلوة و النفقات والزكوة ونحوها دون التي له كاخذ امواله من الولي وصحة نكاحه وبيعه وشرائه ونحوها فان البلوغ بالنسبة الى هذه الآثار دعوى منه تحتاج الى اثبات ولا فرق في ذلك بين الاستناد الى الاحتلام اوالسن او الانبات ، نعم في دعوى البلوغ بالاحتلام يمكن ان لا يكلف بالبينة لأنه من الامور التي يعسر اطلاع الغير عليها ولكن يجري مثل هذا في السن ايضا فانه يعسر اقامة البينة عليه

غالبا فيلزم تصديقه ايضا ولكن التصديق بمجرد الدعوى مشكل واليمين دوري ، والاولى اناطة قبول مثل هذا الاقرار او الدعوى الى نظر حاكم الشرع فى القضايا الشخصية وما يستنبطه من قرائن الاحوال فتدبره واغتنمه

﴿ اما الاقرار بالنسب ﴾ فيعتبر فيه مضافا الى الشرائط العامة في مطلق الاقرار عدة امور (١) ان يكون ما اقر به ممكناً عادة ولا يكذبه الحس فلو اقر بولد هو اكبر سناً منه او مساويا او اقل بمقدار لا يمكن تولده منه لغا الاقرار (٢) ان لا يكذبه الشرع فلو اقر بولد ثابت تولده من غيره ببينة او شياع او نحو ذلك لغا ايضا (٣) ان لا يدعيه من يمكن لحوقه به فان الولد لا يلحق باحدهما الا بالبينة ومع التعارض فالقرعة (٤) تصديق المقر به ان كان بالغا عاقلا حيا؛ و يسقط في الصغير و المجنون و الميت فلو اقر ببنوة واحد منهم ثبت في حق المقر وحق اقربائه ولا يسمع انكاره بعد البلوغ ولا المجنون بعد صحته على المشهور نعم الحكم مقصور على ولد الصلب فلا يسري الى ولد الولد والى الأب فلا يتعدى الى الأم وكل اقرار بنسب يلزم فيه التصديق سوى الثلاثة المتقدمة ولو تصادق كبيران على نسب صح وتوارثا ولا يتعدى الى غيرهما الا في الولد الكبير فيتعدى الى اقاربه على المشهور ، ثم ان الاصحاب فرعوا على الاقرار بالنسب فروعا خطيرة وكثيرة لا مجال لذكرها هنا فلتطلب من مواضعها

مادة (١٥٧٨) يشترط ان لا يكون المقر به مجهولا بجهالة فاحشة الخ .

هذا باب الاقرار بالمجهول والمبهم وفقهاؤنا رضوان الله عليهم حرروها احسن تحرير ، وخلاصته بتنقيح منا ان الابهام اما ان يكون في المقر له أو في المقر به وعلى « الأول » فاما ان يكون مردداً بين افراد محصورة فيلزم المقر بالتعيين فان عين والا يحبس حتى يعين ، واما ان يتردد بين افراد غير محصورة كما لو قال لاحد اهالي هذه البلدة علي دين وفيها خلق كثير لغا هذا الاقرار ولم يكن له اي اثر (وفي الثاني) يلزم بالتفسير ايضا فان فسره بما له مالية يقبل منه ولو قليلا والا حبس حتى يعين ، ولو ابهم المقر له ثم عينه في شخص دفع له المال المقر به فان ادعاه آخر حلف المقر والا اخذه المدعي بنكول المقر او بالبينة ، ولو عينه في شخصين اقتسماه وان ادعى احدهما اختصاصه به حلف المقر انه لهما وان نكل اخذه مدعي الاختصاص كما لو اقام البينة وان اقر به لهما واختلفا فادعى كل منهما الاختصاص وانه له حلف المقر انه ليس له فان نكل عن يمين احدهما اختص
ان حلف لهما معاً اي حلف بانه غير مختص باحدهما اقتسماه

ومن هنا يستبين لك الخلل فيما ذكرته المجلة في آخر هذه المادة بقولها : وان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فان نكل عن يمين الاثنين يكون المال مشتركا بينهما وان نكل عن يمين احدهما يكون ذلك المال مستقلا لمن نكل عن يمينه وان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده (انتهى) ووجه الفساد فيه واضح فانه اذا حلف للاثنين فاما ان

يحلف انه غير مختص باحدهما بل مشترك فاللازم ان يقتسماه كما
ذكرنا وان حلف انه ليس لهذا حق فيه ولا للآخر فهذا انكار بعد
الاقرار ومن قبيل تعقيب الاقرار عما ينافيه فيلزم باقراره الاول انه
لهما وعلى كل تقديره فلا وجه للحكم بابقائه في يده بل ان حلف لهما
او نكل فالمال مشترك بينهما اخذاً باقراره المتقدم نعم لو حلف لاحدهما
ونكل عن الآخر اختص به الذى لم يحلف له على تأمل فيه ايضا

الباب الثانى
فى
﴿ بيان وجوه صحة الاقرار ﴾

(١٥٧٩) كما يصح اقرار المعلوم كذلك يصح اقرار المجهول ايضا ولكن كون المقر به مجهولا الى آخرها ،، الاقرار بمجهول لا تصح الجهالة فيه كالبيع والاجارة ونحوهما هو ايضا من افراد الاقرار بمبهم يلزم المقر بتفسيره لا انه يلغو تماما كما تقول المجلة ، فلو قال اشتريت هذه الدار من زيد بثمن لم ادفعه الزمه الحاكم ببيان مقدار الثمن او يأتي البايع ببينة على المقدار الذي يدعيه فيلزم المقر به فان لم تكن بينة وامتنع عن البيان بحبس او تنزع الدار من يده كل ذلك بمراجعة الحاكم الشرعي وتقريره ، وما ادري اذا اقر بالبيع والشراء لماذا لا يجبر على بيان الثمن واذا اقر بالسرقة او الامانة يجبر على بيان الامانة المجهولة والمال المسروق ؟ ولماذا اختلف الحكم مع وحدة الملاك ؟ واما لو قال بعت لفلان شيئا او استاجرت

منه فانما لايصح اقراره و يلغو حيث لا تكون خصومة اما اذا ادعاه المقر له فاللازم ان يلزمه الحاكم بتفسيره ايضا لا محالة

مادة (١٥٨٠) لايتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكن يكون مردوداً برده الى الآخر ،، الاقرار اما ان يكون بعين او بدين اي كلي في الذمة فان كان بعين ولم ينكرها المقر له اخذها طبعاً وان انكرها لم تدخل في ملكه و تنزع من يد المقر لاعترافه بانها ليست له وتصير مجهولة المالك مرجعها الحاكم الشرع ، وان اقر بدين لشخص فان صدقه اخذه وان اكذبه سقط الدين ولم يكن لاقراره اثر نعم اذا كان المقر يعتقد فيما بينه و بين ربه انه مديون لذلك الشخص وانما انكره لجهله او نسيانه فالواجب عليه ان يدسه في امواله فان لم يوصله في حياته دفعه الى ورثته بعد مماته ولو دفعه لحاكم الشرع مع شرح الحال له برأت ذمته ، وقول المجلة انه مردود برده على اطلاقه غير صحيح

مادة (١٥٨١) اذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار) الخ ،،

يختلف الحكم هنا باختلاف عبارة المقر و اسلوب البيان فيها فلو قال لك علي الف هي ثمن المبيع فقال المقر له بل هي قرض لي عليك لزمه الالف ولا يقدح الاختلاف في السبب بينهما ، اما لو قال ابتعت منك كتاباً و في ذمتي لك الف هي ثمنه فقال لا ما بعتك شيئاً ولكني اقرضتك الفاً فيمكن ان يقال هنا ان المقر له لاحق له في

الزام المقر بالالف - فان الالف التى اعترف بها المقر انكرها والقرض بالالف دعوى يدعيها يحتاج الى اثباتها غايته ان المقر ملزوم فيما بينه و بين ربه ان يدفع الالف الى حسب اعتقاده ولو بان يدسها في امواله او يدفعها له بعنوان الهدية ظاهراً ! فقول المجلة : فلا يكون اختلافهما هذا مانعا من صحة الاقرار - على اطلاقه غير صحيح « ١٥٨٢ » طلب الصلح عن مال يكون بمعنى الاقرار بذلك المال واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون بمعنى الاقرار بذلك المال الى آخرها ،،، ما ذكر في هذه المادة قوي متين كالمتكرر فى مادة « ١٥٨٣ » اذا طلب احد شراه المال فى يده من آخر — يكون قد اقر بعدم كون المال له ،، فانه وان لم يصرح بان المال ليس له ولكنه من قبيل ما يقال : الكناية ابلغ من التصريح وقد تكون الدلالة على الشيء بلازمه ادل عليه من الدلالة عليه بنفسه فليتدبر ،،، مادة « ١٥٨٤ » الاقرار الذي علق بالشرط باطل الى آخرها ،،، ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم انه لو علق الاقرار على شرط بطل فلو قال لك فى ذمتي الف ان شئت او ان شاء زيد او ان شاء الله كان الاقرار فى الجميع لغواً الا فى الاخير اذا قصد محض التبرك و العادة ، ثم اختلفوا في مثل : لك على الف ان شهد زيد ، او ان شهد زيد بالالف فهو صادق ، والاقوال في مثل هذا الفرع او الفرض ثلاثة (١) الصحة مطلقاً نظراً الى ان الاقرار اخبار جازم عن حق لازم في السابق و الحق

لو لم يكن ثابتا في السابق لا تصيره شهادة زيد ثابتـا فهو اذاً ثابت باعترافه شهد زيد ام لم يشهد وحاصله الاخذ بالاقرار والغاء قيده نظير تعقيب الاقرار بما ينافيه كما سيأتي (٢) يلزم باقراره ان شهد زيد لانه اقرار على هذا التقدير وفساده واضح يظهر من سابقه (٣) البطلان مطلقا ولعله الاصح ضرورة ان الاقرار اخبـار جازم ومع التعليق لاجزم فلا اقرار ولعله قصد بتلك الجملة شبه التعليق على المحال لاعتقاده ان زيداً لايشهد ابداً ولا يقدح بهذا شهادته بعد لوشهد فتدبره ثم يظهر من بعضهم الاتفاق على صحة الاقرار لو علقـه على امر محقق الوقوع كاول الشهر وطلوع الشمس غداً وامثال ذلك ولعل وجهه عندهم انه باعتبار كونه محقق الوقوع فلا تعليق حقيقة اذ التعليق الحقيقي انما يكون على امر يحتمل وقوعه ويحتمل عدمه لا على الامر الواقع لا محالة ، و يندفع هذا بان تحقق الوقوع لاينافي التعليق ضرورة انه من الامور القصدية فلو قصد ان اعترافي بالحق معلق على هـذا الامر المحقق اي عند وقوعه اكون مقراً اما فعلا فلست بمقر كان هذا هو التعليق بعينه وحقيقته ، نعم لو ظهر منه بقرينة حال اومقال يريد انه معترف فعلا بالف له مثلا ولكن وقت استحقاقها ودفعها اول الشهر اوعند طلوع الشمس صح ذلك والزم باداثه في ذلك الوقت اما لوخلا من القرينة فهو باطل ، وعلى فرض قيام القرينة والحكم بالصحة فانما يصح في مثل له علي الف اول الشهر لا في المثال الذي ذكرته المجلة وهو : ان اتى ابتداء الشهر الفلاني فاني مديون لك بكذا

فانه باطل لا محالة لان المديونية لا معنى لتأجيلها الى اول الشهر بل المعقول ان تكون المديونية فعلا واستحقاق الدفع كون اول الشهر اما لو نصبت قرينة على ارادة ذلك فالعبرة حينئذ بها لا بهذا اللفظ فانه مباين لذلك المعنى واجنبي عنه تماما فانه اقرار فاسد ولفظ مختل فتدبره واغتنمه .

مادة « ١٥٨٥ » الاقرار بالمشاع صحيح الى آخرها .

لا ريب ان الاشاعة لا تمنع من صحة الاقرار ولكن قيد : ثم توفي المقر قبل الاقرار و التسليم - قيد توضيحي و محقق الموضوع اذ بعد الاقرار والتسليم قد انتهى كل شيء فتدبره .

مادة « ١٥٨٦ » اقرار الاخرس باشارته المعهودة معتبر ولكن اقرار الناطق باشارته لا تعتبر مثلا لو قال للناطق الى آخرها .

اما اشارة الاخرس فلا اشكال في انها تقوم مقام كلامه في كل مقام مع الافهام ، اما اشارة المتمكن من الكلام فظاهر اصحابنا عدم الاكتفاء بها في العقود ولا سيما في عقود المعاوضات أو المغابنات وكذا في الايقاعات كالطلاق و العتق ونحوهما ، اما الاقرار فحيث انه خارج عن القسمين لانه من نوع الاخبار لا الانشاء ولذا صرح بعض فقهائنا الاساطين بانه لا يختص باللفظ و يصح بالاشارة المعلومة و يظهر منه الاتفاق عليه عندنا ووجهه واضح فانه لو سئل هل لفلان عليك دين بالف فخفض رأسه مشيراً به عن قوله نعم بحيث علم ذلك منه او حصل الاطمئنان العادي بصدق عرفا انه اقر بالف ويشمله

عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، والعجب من ارباب المجلة حيث اكتفوا بالاشارة والكتابة في جملة من العقود كما مر عليك الاجزاء المتقدمة ولم يكتفوا بها هنا مع انها اولى بالصحة واحق لوجوه لاتخفى على المتأمل فليتدبر .

الباب الثالث

في

بيان احكام الاقرار ، ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في

بيان الأحكام العمومية

مادة (١٥٨٧) يلزم الرجل باقراره ــ ولكن اذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم وهو انه الى آخرها .

هذه المادة مضافا الى تعقيدها عبارة مختلة معنى وحكما ، وحاصلها ان اقرار المرء نافذ عليه الا اذا حكم الحاكم بما يخالف اقراره فلو ان انسانا بيده عين اقر انه اشتراها من زيد وهي له فادعاها شخص واثبت عند الحاكم انها له دفعت الى الشخص المحكوم له ورجع

على البايع بثمنه ولا يلزم باقراره انها له لان اقراره بطل بحكم الحاكم ،،، وههنا موضع الوهم فان المرء مؤاخذ باقراره وحكم الحاكم لا ينفذ عليه لانه خارج عن الدعوى فلا هو مدع ولا مدعى عليه وهو يعتقد بعدم صحة حكم الحاكم فلواجب عليه ظاهرا وواقعا ان يمضي على اعتقاده ولا يرجع بالثمن على البايع كما لو غصب العين منه غاصب او تلفت باحد انواع التلف والبايع قدخرج عن العهدة بتسليم العين الى المشتري المقر انها ملك البايع وان الحاكم قد اشتبه في حكمه فما معنى الرجوع ! نعم لو حكم الحاكم واخذت من البايع قبل تسليمها الى المشتري ينفسخ البيع قهرا لعدم قدرة البايع على التسليم قهراً والمانع الشرعي كالمانع العقلي وكذا لو سلمها وقصر في الدفاع عنها او اعترف للمدعى انهـا له لانه قد سبب الاتلاف ولكنه هنا يضمن البدل مثلا او قيمة لا الثمن فتدبره جيداً فانه من التحقيقات الثمينة .

مادة (١٥٨٨) لايصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد ،،،

هذا غني عن البيان اذ لامعنى لنفوذ الاقرار الا عدم قبول الانكار والا كان وجوده كعدمه نعم لو ابدى المقر وجهاً معقولاً لاقراره وانه اخبر بخلاف الواقع لغرض مقبول يحلف على ذلك ويبطل اقراره ، كما لو اقر بالبيع وقبض الثمن لاجل تسجيل الشهود في الورقة ﴿وهو المعروف برسم القبالة﴾ وكان اقراره قبل القبض لا تمام

الورقة وقبض الثمن بعد د فمها ففي مثل هذا لا يلزم باقراره و يقبل انكاره بيمينه ونظيره مافي مادة (١٥٨٩) اذا ادعى احد كونه كاذبا في اقراره ـ يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا الى آخرها .

و لكن المتجه يمين المقر لا المقر له ضرورة ان المقر له هو يدعي التسليم والاقباض لما تضمنه السند من الدين والمقر منكر فعليه اليمين على القاعدة المشهورة من ان اليمين على من انكر فليتدبر .

مادة (١٥٩٠) اذا اقر احد لآخر الى آخرها ، ، وجهها واضح فان المقر الاول اقر للثاني لا الثالث فلا سبيل للثالث الذي اقر له الثاني على المقر الاول .

الفصل الثانى
فى
﴿ بيان نفي الملك المستعار ﴾

مادة « ١٥٩١ » اذا اضاف المقر به الى نفسه في اقراره يكون قد وهبه للمقر له الى آخرها ، هذه المادة على مافيها من التطويل الممل والتعقيد المخل ، واهية المعنى والمبنى ، وحاصلها ـ ان المقر اذا قال اموالي التي بيدي هي لفلان يحمل كلامه هذا على ارادة هبة اموا له الى فلان ويلزمه تسليمها له وان قال كافة الأموال المنسوبة لي هي

لفلان كان ذلك اقراراً بانها لفلان ويختص ذلك بالاموال الموجودة لا المتجددة في الصورتين هذا كل ما في هـذه المادة التي تزيد على صفحة وكلها تكرير امثلة لاحاجة اليها ، وتحرير هذا الموضوع وما يتشعب على اصله من الفروع ـ انه لو اقر لغيره بعين او بمال ولم يضفه الى نفسه فهو اقرار صحيح اتفاقا ولا حاجة الى ذكره والتعرض له اصلا انما الكلام والبحث فيما لو اقر لغيره بعين اضافها الى نفسه فقال داري او اموالي لفلان وهذا الفرع محرر في كلمات فقهائنا رضوان الله عليهم ويظهر من الشهيد الثاني في روضته نسبة بطلان مثل هذا الاقرار الى المشهور لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين على مال واحد والاقرار يقتضي سبق ملك المقر له على وقت الاقرار فيجتمع النقيضان ثم قال : والاقوى الصحة لان التناقض انما يتحقق مع ثبوت الملك لهما في نفس الامر اما ثبوت احدهما ظاهراً والآخر في نفس الامر فلا ، ونسبته الى نفسه يحمل على الظاهر فانه المطابق لحكم الاقرار اذ لابد فيـه من كون المقر به تحت يد المقر ويقتضي ظاهراً كونه ملكا له والاضافة يكفي فيها ادنى ملابسة مثل لاتخرجوهن من بيوتهن وكوكب الخرقاء ولاينافيه اقراره بانه للغير واقعا والحمل على الاقرار الصحيح يقتضي ذلك ويكون قرينة عليه لو لم يكن الكلام دالا عليه بنفسه انتهى ملخصا ، وهذه المناظرة كما تراها قوية جدا والقول بالصحة من جهتها متعين .

اما ـ ماذكرته المجلة من انه هبة فهو من التخاليط او الاغاليط

المتوفرة في هذا الكتاب فان الهبة إنشاء والاقرار اخبار ، والانشاء والاخبار على طرفي نقيض وحينئذ فحق الكلام في المقام ان يقال انه اذا قال داري او مالي لفلان فان ظهر منه بقرينة الحال او المقال انه يريد انشاء الهبة والتمليك كان هبة وهي متفرعة على ملكيته اى ملكية الواهب الحقيقية لا الصورية كما في الاقرار الذي هو ضد الهبة واذا صار هبة فالتسليم غير لازم بل بعد التسليم تصير لازمة كما عرفت في محله من ان الهبة قبل القبض ليس لها اي اثر ، وان لم يظهر انه في مقام الانشاء يحمل الكلام على الاقرار بالمعنى الذي سبق وبالتوجيه الذي افاده الشهيد قدس سره ونسب الى الشهيد الاول اعلى الله درجته الفرق بين قوله ملكي لفلان وداري لفلان فحكم بالبطلان في الاول وتوقف في الثاني وقوى عدم الفرق و هو الحق فتدبره ، و بقية مواد هذا الفصل واضحة .

الفصل الثالث

في

(بيان اقرار المريض)

يعنى المريض بمرض الموت وهو الذي مات فيه المقر او الموصي مطلقا فلو اقر او اوصى في مرض يموت الانسان فيه غالبا ثم برىء ولم يمت به لم يجر عليه شيء من تلك الاحكام كما في مادة (١٥٩٦)

لماذا ولا صحة لتعريفه بما فى المجلة مادة « ١٥٩٥ » مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الاكثر الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور و يعجز عن رؤية المصالح الداخلة فى داره ان كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة الى آخرها .

وكل هذه القيود والبنود لا حاجة اليها ولا عبرة بها بل المراد بمرض الموت كما عرفت ـ المرض الذى مات فيه قبل سنة او بعدها عجز من مصالح بيته اولم يعجزمات قبل سنة او بعدها ، وعلى كل فالتصرفات المالية من المريض لو مات فى مرضه لايخلو اما ان تكون منجزة او معلقة على الموت فالمعلقة على الموت هي الوصية فان حقيقتها انها تمليك مجاني بعد الموت ولا تنفذ الا بمقدار الثلث فلو زادت توقفت على اجازة الورثة اما المنجزة فنوعان « معاوضة بثمن المثل » كبيع شيء بثمنه او اجارة كذلك وهو نافذ اجماعا (ومحاباتي) كهبة او وقف او عتق او بيع او اجارة باقل من ثمن المثل وهذا ايضا لا اشكال فى نفوذه انما الخلاف فى انه ينفذ من الأصل ويخرج الثلث من الباقي او انه يخرج من الثلث فان زاد توقف على الاجازة كالوصية ، ، ، المشهور بين المتقدمين هو الثاني وانعقدت الشهرة بين المتاخرين على الأول ومنشأ الخلاف اختلاف الاخبار ولا يبعد ترجيح اخبار الاصل المتضمنة ان الانسان احق بماله مادام فى بدنه روح ، هذا كله فى تصرفات المريض من بيع وعتق وهبة يعني عقود

الجانيات او المغابنات اما اقرارات المريض بمرض الموت كما لو اقر انه باع داره قبلا او انه مديون لزيد بألف وأمثال ذلك لأجنبي او وارث ففيه اقوال اصحها عند جماعة انه مع التهمة اي غلبة الظن بان اقراره خلاف الواقع وانه انما يريد تخصيص المقر له بالمال المقر به حيث تشهد قرائن الاحوال بذلك كما لو اقر لزوجته الحظية عنده او ولده العزيز وامثال هذا فحينئذ يخرج من الثلث والا فمن الاصل وموضع الخدشة فيه لايخفى فان حمله على الوصية التي هي انشاء تمليك والاقرار اخبار حمل للكلام على ضد معناه ولو قيل ان فرض الكلام فيما لو قامت القرينة قلنا ان القرينة لو قامت فانما تقوم على ارادة التمليك الحالي المنجز لا المعلق على الموت في الثلث فحمله منجزاً فى الثلث قول بلا دليل فاما ان يصح فى الاصل منجزاً او يبطل مطلقاً اما تنجيزه أو تعليقه فى الثلث فلا وجه له ولا فرق فى هذا بين ان يكون له وارث غير الزوجة او لها وارث غير الزوج او لا يكون فلا وجه لما فى مادة (١٥٩٦) اقرار من لم يكن له وارث الى قولها : يعتبر انه نوع وصية ،، وقد عرفت تباين الوصية مع الا قرار فكيف يحمل احدهما على الا خر وقول اصحابنا اقرب الى التعقل حيث حملوه على الوصية وانه يخرج من الثلث مع التهمة فجعلوا التهمة كقرينة على ارادة التمليك المجاني المنجز ولكن حيث ان منجزات المريض المحاباتية تخرج عندهم من الثلث كانت كالوصية و يدل على هذا اي الخروج من الثلث مع التهمة اخبار تصلح للحجية (والخلاصة)

على هذا ان الاقرار مع التهمة من الثلث وبدونها من الاصل ولا ينافيه اختيار ان المنجزات من الأصل اذ لامانع من ان يكون للاقرار حكم خاص في مرض الموت .

مادة « ١٥٩٨ » اذا اقر احد في مرض موته بعين او دين لاحد ورثته ثم مات يكون اقراره موقوفا على اجازة باقي الورثة .

قد ظهر لك مما سبق انه لا توقف على الاجازة الامع زيادة المقر به على الثلث وتحقق التهمة اما لو نقصت عن الثلث او زادت ولا تهمة فلاحاجة الى اجازة الورثة بل يلزم العمل باقراره اجازوا ام لا ولا فرق في هذا بين كون الاقرار للوارث او لغيره ولا بين الامانة وغيرها ولا بين امانته عند الوارث او امانة الوارث وكل ماذكر في هذه المادة فضلة من الكلام نعم الجديد او المفيد فيها ان الورثة اذا صدقوا في حياة المقر ليس لهم الرجوع وهذا صحيح ولكن التقيد في الحياة لا وجه له فانهم لو صدقوه بعد موته ايضاً لارجوع لهم .

مادة « ١٥٩٩ » المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثا للمريض وقت وفاته ـ الى آخرها .

حاصله ان المدار في الوارث على الوارث وقت الاقرار لاوقت الموت فاذا اقر في مرضه لاجنبية ثم تزوجها قبل الموت يكون اقراره لها نافذا لانها لم تكن وارثة وقت الاقرار ، اما لو كان سبب الارث قديما كما لو اقر لاخيه في المرض والمقر ابن مات قبل ابيه وصار الميراث للاخ لاينفذ الاقرار لان سبب الارث وهو الاخوة قديم اي

حاصل وقت الاقرار ، وكل هذا تحكم وتعرض لا دليل عليه ولكن حيث ان هذا الحكم اعني عدم نفوذ الاقرار للوارث الا باجازة باقي الورثة ساقط عندنا من اصله فلا داعي لاطالة البحث فيه و الاصح في نظائره على الوارث حال الموت لا حال الاقرار فليتدبر .

وعلى هذا الملاك بنى ما في مادة « ١٦٠٠ » اقرار المريض حال مرض موته بالاسناد الى زمان الصحة في حكم الاقرار في زمان المرض الى آخرها .

فان المدار في الاقرار ملاحظة حاله لا حال الصحة وهو هنا صحيح و في الاول عليل .

مادة (١٦٠١) اقرار المريض بعين او دين لاجنبي يعني لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح الى آخرها .

عرفت ان هذا على اطلاقه ممنوع وانما يصح حيث لا تهمة اما معها فلا ، اما حمل اقراره على الهبة او الوصية فقد عرفت ان صيغة الاقرار تأباه لانه اخبار وهما انشاء نعم لو قامت القرائن القطعية على ارادته ذلك نفذ اقراره ولكن من الثلث او الاصل كل فريق على مختاره .

مادة (١٦٠٢) ديون الصحة مقدمة على ديون المرض يعني تقدم الديون التي تعلقت بذمة من كانت تركة غريمه في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته في مرض موته باقراره وهو انه تستوفى ديون الصحة من تركة المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت

فضلة — الى آخرها .

موضوع البحث فى هذه المادة هو المدين الذي استغرقت ديونه تركته او زادت ، وحق التحرير فيه ان يقال ان من استغرقت ديونه تركته اما ان يكون مفلسا اي حكم الحاكم بحجر امواله ثم مرض مرض الموت واقر بعين او دين او استقرض بعد الفلس ومات فلا اشكال فى ان الغرماء المتقدمين على الحجر يختصون بوفاء ديونهم من التركة فان زاد شيء فهو للمتأخرين ولا اثر لمرض الموت فى هذا الحكم بل يجري حتى فى الصحيح اذا حجر عليه ومات او اقتسم الغرماء امواله فى حياته فان ديونه المتجددة تبقى في ذمته وعلى امواله المتجددة ولا يشاركون الغرماء السابقين واما اذا لم يحجر عليه بحكم الحاكم فتقديم ديون الصحة على ديون المرض الثابتة المحققة استحسان محض لادليل عليه سواء كان الثبوت باقراره الخالي من التهمة او بسبب آخر وسواء كان الاقرار في زمن الصحة او المرض وفي مرض الموت او غيره وسواء كان الاقرار بعين او دين وبالجملة فالديون الثابتة كلها سواء في مرتبة واحدة لافرق بين ماكان منها في زمن الصحة او في زمن المرض باقرار او بحجة اخرى ، كلها تخرج من التركة ان وفت بها وان لم تف وزعت على الغرماء بالنسبة كما في المفلس ولا يخرج من ذلك الا الاقرار بعين او دين مع التهمة فتدبره واغتنمه .

وعلى الأصل الذي اعتمدوا عليه في هذه المادة بنوا

مادة « ١٦٠٣ » اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمة اجنبي ينظر الى ان هذا الطلب تعلق بذمة الاجنبي حال المرض او حال الصحة ـ الى آخرها .

تحرير هـذا البحث ان من اقر بوصول حق له ثبت بتصرف مالي على غيره فلا يخلو اما ان يكون تصرفه كبيع او قرض واقراره معـاً في حال الصحة واما ان يكونا معاً حال المرض او يكون التصرف حال الصحة والاقرار حال المرض اوالعكس اما (الاولى) فلا اشكال في نفوذ اقراره ولا يتوقف على اجازة الغرماء لو كان له غرماء ولا على غيرهم واما (الثانية) فقد حكمت المجلة في هذه المادة بانه يصح اقراره ولكن لاينفذ في حق غرماء الصحة ثم فرقت بين هذه وبين الصورة الثالثة فحكمت فيها بصحة الاقرار على كل حال وان كان له غرماء صحة وليس لهم ان يقولوا لانلتزم باقراره هذا ، ولعل وجه الفرق عندهم بين الصورتين ان الغرماء عند مرض المديون يتعلق لهم حق في امواله فتصرفه بالبيع او القرض ونحوهما يكون في متعلق حقهم واقراره بوصول عوضه اليه موقوف نفوذه على تصديقهم او قبولهم فلهم ان لايلتزموا بهذا الاقرار بخلاف الصورة الاولى فان حق الغرماء فى حال الصحة فى ذمة المديون لافى امواله فينفذ اقراره واملك تفطنت الى وجه الخدشة فيـه فان المرض اذا كان يوجب تعلق الغرماء فى اموال المديون فاللازم تعلق حقهم حتى لوكان التصرف حال الصحة فان المدار على الاقرار لاعلى التصرف فاقراره بوصول الحق

اليه في حال مرضه يوجب النقص عليهم حيث لايكون موجوداً معلوماً وعلى كل فالتفرقة لا تخلو من نظر اما (الرابعة) فهي كالاولى واضحة قطعية الصحة لان التصرف حال المرض المتعقب بالصحة لايبقى له اثر وينفذ تصرفه واقراره اذ المرض الموجب للحجر او لتعلق حق الغرماء هو مرض الموت لاالذي تعقبته الصحة فليتدبر .

مادة (١٦٠٤) ليس لأحد ان يؤدي دين غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ،،،،

يريدون بهذه المادة معنى قصرت العبارة عن ادائه وهو انه اذا قصرت اموال المريض عن ديونه فليس له ان يدفع لواحد منهم تمام دينه ويجعل النقص والخسران على الباقين بل لابد من توزيع النقص على الجميع نعم لو كان في امواله عين اشتراها ولم يدفع ثمنها فصاحبها احق بها وله ان يختص فيها كما سبق في محله ، اما قولهم في هذه المادة : ولكن له ان يؤدى ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذى استقرضه حال كونه مريضاً فهو واضح الضعف لان الأموال ان كان فيها سعة فله دفع هذا الدين وغيره وان كانت قاصرة تساوى الجميع بها فتدبرها بامعان وبالله المستعان .

مادة (١٦٠٥) الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الاصلي الى آخرها .

هذا مبني على ماتقدم منهم من الحكم الغريب المجازف وهو ان الاقرار للوارث في المرض لاينفذ والاقرار للاجنبي نافذ من الثلث

وقد قلنا انه اذاكان النفوذ من الثلث فنفوذه للوارث اولى والاقربون اولى بالمعروف والأصل في هذا عند فقهاء الجمهور النبوي المشهور في كتاب الوصايا والفرائض : ان الله قد فرض لكل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، والمراد منه على فرض صحته رفع الوجوب لا الجواز كما سيأتي في محله ان شاء الله .

الباب الرابع
في
﴿ بيان الاقرار بالكتابة ﴾

مادة (١٦٠٦) الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان انظر مادة (٦٩) الكتابة اما ان يحصل العلم منها للحاكم او الشاهد اولا ففي صورة عدم حصول العلم او الظن المتاخم لا عبرة بها قطعاً وفي صورة حصول العلم اما ان يحصل العلم بانها خط فلان وتوقيعه فقط من دون ان يحصل العلم بما اشتملت عليه من بيع او اقرار بدين او عين او نحو ذلك او يحصل العلم بانها خطه وان ما فيها حق مطابق للواقع ففي الصورة الاولى أيضا لا عبرة بها كالتي قبلها كما لا اشكال في اعتبارها والعمل عليها في الصورة الاخيرة ومن هنا ظهر ان شهادة

الشهود ان هـذا خط فلان وتوقيعه لا تجدي مالم يشهدوا على نفس الواقعة التي تضمنتها الكتابة وظهر أيضا عدم صحة اطلاق المجلة ان الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان والفرق بينهما عند ارباب القرائح جد واضح ، فتأمله تجده ان كنت من اهله ومنه يستبين الخلل أيضا في مادة (١٦٠٧) اذا امر احد كاتباً هو اقرار حكما بناء عليه لو امر احد كاتباً بقوله : اكتب لي سندا ـ الى آخرها .

هذا خارج عن الاقرار بالكتابة وخلط في الموضوع فان الاقرار بالكتابة هو الخالي من لفظ اصلا اما الفرض المذكور فهو اقرار باللسان حقيقة لاحكما فانه قال اني مديون (غايته) انه سجل اقراره وامر بكتبه وهذا لايخرجه عن الاقرار القولي كما هو واضح .

مادة « ١٦٠٨ » القيود التي هي في دفاتر التجار المعتمد بها هي من قبيل الاقرار بالكتابة ايضاً مثلا لو كان احد التجار قد قيد في دفتره الخ .

هذا ثابت في المعاملات التجارية وفي عرف التجار اما عند الشرع وحكام الشرع فالمدار على ماذكرنا من ان الكتابة اذا لم يحصل منها العلم فلا اعتماد عليها نعم لامانع من ارجاع مثل هذه القضايا الى عرف التجار ليحكموا بها فيما بينهم على سبيل التراضي من دون تدخل الشرع فيها ، ومما ذكرنا يظهر الحق الصريح والحكم الصحيح في مادة (١٦١٠) اذا انكر من كتب سندا او استكتبه واعطاه ممضى او مختوما الدين الذي حواه فلا يعتبر انكاره الى آخرها .

فانه انما لا يعتبر انكاره اذا كان خطه وختمه مشهوراً متعارفا لو حصل العلم من خطه بوقوع ما اشتمل عليه الخط اما لو قطعنا بانه خطه لكن لم يحصل لنا العلم بوقوع البيع منه واقعا مثلا فلا وجه لرد انكاره ضرورة ان الانسان قد يكتب معاملة قبل وقوعها ثم يعدل عنها وملاك القضية هنا وفي نظائرها ان الاصل في المعاملات عندنا انها لا تنعقد الا بالانشاء اللفظي فلو انشأ البيع بالكتابة من دون لفظ لم ينعقد البيع وكذا سائر العقود بل والايقاعات ومثلها الاقرار غايته انه في العاجز عن التكلم يكفي الاشارة وكذا غير العاجز في بعض الموارد التي يصدق عرفا انه اقر كما سبق ذكره اما الكتابة فلم يعتبرها الشرع عندنا ولا العرف ، هذا كله مع الامن من التصنع والتزوير فكيف مع عدمه واذا لم يثبت الحق بالكتابة رجعت القضية طبعا الى باب المدعي والمنكر فتدبره واغتنمه ، ومما ذكرنا يتضح الكلام في مادة « ١٦١١ » اذا اعطى احد سند دين حال كونه مرسوما الى آخرها ، بل هي من قبيل سابقتها وذكرها تكرار لا فائدة فيه كما انك عرفت الحكم في مادة « ١٦١٣ » اذا ظهر كيس مملو بالنقود في تركة احد محرر عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي امانة يأخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الى اثبات بوجه آخر ،،، فانما لا يحتاج الى الاثبات اذا حصل العلم بالواقع او الاطمئنان بصحة ما كتب بخطه اما لو لم يحصل العلم بذلك فلا اثر للكتابة ولو علمنا بكونها بخطه وتوقيعه ولا سيما مع التهمة ، والى هنا انتهت مواد

المجلة المتضمنة لأحكام الاقرار الجديرة بالاعتبار ، ولكن بقي من مباحثه المهمة بحثان مهمان لم تتعرض المجلة لشيء منهما ونحن استيعابا للفائدة نذكر موجزاً من البحثين [البحث الاول] في الاقرار بالمبهم وهو نوعان — الاقرار بلفظ مبهم مثل له علي مال او شيء او عين او مال حقير او خطير او يسير واضراب ذلك من المفاهيم العامة المترددة بين القليل والكثير ، وحكم هذا النوع انه يلزم بالتفسير فان فسره بماله مالية ولو قليلة قبل منه وان امتنع عن التفسير او فسره بما لا مالية له حبس حتى يبين ولو قال له علي حق ثم فسره بحق العيادة او حق الجوار ونحو ذلك قيل يقبل منه وقيل لا — لان تلك الوجوه وان اطلق عليها في الشرع انها حقوق لكن المتبادر عرفا من الحق الحقوق المالية والاولى او الاحوط رعاية المقامات فانها تختلف باختلاف الاشخاص والازمان وقرائن الاحوال والمرجع في امثال ذلك الى حاكم الشرع الخبير بالعرف واساليب البيان ،،

[الثاني] الاقرار بالعدد المبهم كما لو قال له علي كذا درهم بالجر او بالرفع او بالنصب او السكون الزم بواحد فالجر على الاضافة البيانية والرفع على البدلية والنصب على التميز والسكون على واحد من هذه الوجوه واشكل باحتمال ارادة الجزء فعلى الجر جزء درهم وهكذا في بقية الحركات ويلزم بتعيين الجزء ، ومثل هذا لو قال كذا و كذا درهما ، و كذا كذا درهما وقيل في هذين الاقرارين يلزم باقل مايوازنهما من الاعداد ايضاً ففي المثال الاول يلزم بواحد وعشرين

درهما وفى الثاني احد عشر درهما ، ويحصل من ضرب صور الاقرارات الثلاثة بانواع الحركات الاربع اثنى عشر صورة والاقوال فيها ثلاثة الحمل على الدرهم او جزء منه في الجميع او الحمل على اقل مايوازنه من الأعداد كذلك او الزامه بالتفسير فيها اجمع ، اما حمله على اقل مايوازنه من الأعداد فهو وان كان موافقا لقواعد العربية ولكن العرف لايعرف ذلك ولا يلتزم به في استعمالاته ، فالزامه با لتفسير في جميع الاقرارات المبهمة عددا او غيره اسد واسلم .

البحث الثانى

﴿ فى تعقيب الاقرار بما ينافيه ﴾

وهو ايضا نوعان [الاول] التعقيب بالاستثناء وله صورتان - استثناء من الجنس ، وآخر من غير الجنس فان كان مستوعبا بطل مطلقا والا صح الاقرار بالباقي ولو كان هو الاقل ان اتصل به عرفا وهو من النفي اثبات و من الاثبات نفي وعليه فلو قال له على مائة الا تسعين لزمه عشرة لانه نفى التسعين من المائة المثبتة ولو قال الا تسعون لزمه المائة لان [الا] هنا وصفية بمعنى غير لااستثنائية يعني مائة موصوفة بانها غير تسعين وهي صفة مؤكدة مثل نفخة واحدة ولا تختص الا الوصفية بالجمع المنكر كما قيل بل تصح في غيره على

الاصح وورودها بقوله تعالى (لو كان فيهما الهة الا الله لفسدتا) لايقتضي الاختصاص .

ولوقال ليس له علي مائة الاتسعون يلزمه التسعون لانه استثناء من المنفي وهو بمنزلة ليس له علي الا تسعون ولو قال مائة الا تسعين لم يثبت شيء لان النصب لايكون الا من الموجب وحيث لا ايجاب تعين كون النفي مسلطا على تمام الجملة يعنى ليس له علي مائة خرج منها التسعون اى ليس له علي عشرة فلم يعترف بشيء ولا اقل من الاحتمال والاصل البرائة فلا شيء عليه ولو تعدد الاستثناء فان كان بعاطف كما لو قال له عشرة الا اربعة والا ثلاثة فالجميع الى المستثنى عنه فيلزمه الباقي سواء كان الثاني اقل من الاول او اكثر او مساويا نعم لو استوعب الجميع بطل مابه الاستيعاب كما لو قال له علي عشرة الاخمسة والاخمسة بطلت الاخيرة ولزمه خمسة ومثله لو قال له عشرة الا خمسة والا سبعة او الا سبعة والا خمسة .

وان لم يكن بعاطف ولا مساويا لما قبله ولا ازيد رجع كل تال الى ماقبله مثل له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة فيلزمه ثمانية والمرجع فى كل امثلة هذا الباب هى القاعدة المتقدمة ـ الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فانه اثبت العشرة اولا فى المثال ثم نفى بالاستثناء منها خمسة ثم اثبت بالاستثناء الثاني منها ثلاثة فلزمه ثمانية خمسة بالاثبات الاول وثلاثة بالاثبات الثاني وهكذا مهما تعاقبت الاستثناءات بشرط ان لايستوعب ولا ينفي شيء فيبطل المبطل منها الاخير

او الذي قبله والضابط ان كل زوج واثبات وكل فرد نفي فتجمع الازواج وتطرح منها الافراد او بحسب الزائد كما لو قال له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ثلاثة فيلزمه خمسة وعليك بالتطبيق والتحقيق فانه رشيق وليس بغامض ولا دقيق وبالله التوفيق .

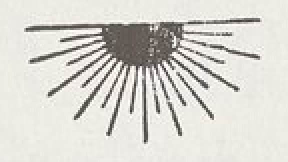
هذا كله في الاستثناء بالجنس اما الاستثناء بغير الجنس كما لو قال له علي عشرة دراهم الا ثوب فاللازم ان يطالب بتفسير الثوب وتعيين قيمته فان عينه بقيمة مستوعبة لم يقبل وان فسره بما دون العشرة قبل منه والزم بالباقي .

هذا كله في تعقيب الاقرار بالاستثناء اما تعقيبه بالاضراب بلفظ [بل] او بغيرها كما لو قال له علي مائة بل تسعون فانه يلزم بالمائة والمرجع في هذا الباب الى القواعد العربية المتبعة في هذه الاداة [بل] فانها ان كانت بعد ايجاب جعلت الحكم لما بعدها ونفي ماقبلها مسكوتا عنه وحيث ان الاقرار في المثال المتقدم واضرابه قد تحقق ويكون الاضراب شبه انكار ولا يقبل الانكار بعد الاقرار لذلك تعين الاخذ بالاول وهو المائة ونفي مابعدها وهو التسعون والضابطة ان مابعدها ان كان داخلا فيما قبلها او كان اكثر منه لزم الاكثر كما في المثال المتقدم ومثله له علي قفيز بل قفيزان او درهم بل درهمان وان كان مغايرا له بالتشخص او الطبيعة كما لو قال له علي درهم بل ثوب اوهذا الدرهم بل هذا الدرهم لزمه الثوب والدرهم في الاول والدرهمان وهكذا في كل متباينين في المقر به او المقر له كما لو قال

هذه الدار لزيد بل لعمرو فان الدار تدفع لزيد و يغرم قيمتها لعمرو . وان تغايرا بالاطلاق والتقييد كما لو قال له علي درهم بل هذا الدرهم لزمه المعين ولو قال له علي هذا الدرهم بل درهم لزمه المطلق اي درهم لعدم المنافاة بين المطلق والمقيد في الاول فيبين بعد الاطلاق فيتبع وفي الثاني اطلق بعد التعيين وليس هو انكار حتى يلغو بل عدول الى ماينطبق عليه فلا يلزم بالمعين .

كل هذا اتباعا لاصول العربية في الاستثناء وفي الاضراب ففي الأول لايعتبر انكاراً مالم يستوعب بخلاف الثاني وان لم يستوعب فقول القائل له علي مائة الا تسعين صحيح ويلزمه عشرة وقوله له علي مائة بل عشرة باطل ويلزمه بالمائة لابالعشرة والفرق بينهما من جهة الفرق بين الاداتين الا وبل لغة فتدبره ، اما الاضراب بغير [بل] كما لو قال له علي عشرة عن مبيع لم اقبضه او له علي عشرة دفعتها له فالمشهور الزامه بالعشرة وسقوط دعواه الدفع او عدم قبض المبيع ولهم في ذلك بحث وخصام ، ونقض وابرام ، ينتهي الى أنه يؤخذ باقراره وتطلب منه البينة على الدفع او على انه عن مبيع اذ كلامه يتضمن اقراره ودعوى عين من اموال المقر له فيلزمه اثباتها وعندي فيه نظر نظراً الى القاعدة المسلمة من ان المتكلم ان يلحق بكلامه ماشاء وان الكلام لاينعقد له ظهور حتى ينتهي المتكلم منه او يعرف انتهاؤه بالسكوت الطويل او الانتقال الى موضوع آخر وعلى هذا جرت قضية الاستثناء وصح الاخراج سواء جعلناه قبل او بعده ولا

ينقص بالاضراب فانه بعد لغة و عرفا استيناف كلام وانتهاء من الكلام السابق ولذا لم يصححوا الاخراج فيه كالاستثناء في له علي مائة بل عشرة كما صححوه له علي مائة الا تسعين وجعلوه انكاراً بعد الاقرار ، وعليه فيمكن منع كونه اقراراً يتضمن دعوى تحتاج الى اثبات بل هو كلام واحد فاما ان يقبل كله او يرد كله والمسألة دقيقة تحتاج الى مزيد تأمل وتتبع .



الكتاب الرابع عشر

(في الدعوى)

(ويشتمل على مقدمة وبابين)

المقدمة

﴿ في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى ﴾

كان الاولى على طريقة الفقهاء ان يعنون هذا الكتاب بكتاب

(القضاء والحكم)

وهو التشريع السماوي الذي شرعه الحق لفصل الخصومات بين الخلق وحفظاً لنظام الهيئة الاجتماعية . اذ لما كان من طبيعة هذا النوع او سائر الانواع الحية تنازع البقاء المؤدي بالطبع غالبا على الحرص والاثرة مضافا الى غريزة الجهل والنسيان والغلط المستلزم كل ذلك تمادي البشر، وتمادي الشر والضرر، صار من الحتم الضروري ان تشرع قوانين لحسم تلك المشاجرات، وتخفيف تلك الويلات، ولابد لتلك القوانين من مهيمن عليها ومضطلع باعباء تطبيق كلياتها

على مصاديقها وانواعها على افرادها وجزئياتها ، فالقوانين هي احكام الدعوى والمضطلع بها المسيطر عليها هو الحاكم والقرآن المجيد هو الاصل في تعيين الحكم والحاكم والزام العمل بحكمه والرجوع اليه : يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله . وهذه الوظيفة هي خلافة الله في ارضه ، واذ قال ربك اني جاعل في الارض خليفة ، ثم قال جل شأنه الزاما وخضوعا والتزاما بالعمل بحكم ذلك الخليفة : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ، خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا الى سواء الصراط - الى كثير من امثالها والبحث في هذا الكتاب يقع في اركان الحكم ومقوماته ومقدماته وشروطه ، واركانه اربعة . الدعوى . والمدعي . والمدعى عليه . والحاكم ، والحكم نتيجة كل ذلك ، وحيث ان الدعوى هي المقدمات لذلك بدأت بها المجلة فقالت

الباب الاول
في
﴿ شروط الدعوى واحكامها ودفعها ويشتمل على اربعة فصول ﴾

الفصل الاول
في
﴿ بيان شروط الدعوى ﴾

مادة (١٦١٦) يشترط ان يكون المدعي والمدعى علية عاقلين .

هذا خروج عن العنوان فان العنوان لبيان شرائط الدعوى لاشرائط المتداعيين ، وانما شرائط الدعوى كونها معلومة لامجهولة وجزمية لااحتمالية وامثال ذلك نعم لااشكال ان شرائط المتداعيين اصالة تكون شروطاً للدعوى تبعا ويظهر من هذه المادة عدم اعتبار البلوغ في قبول الدعوي ويكفي كون المدعي مميزاً وهو محل نظر وظاهر اصحابنا الاتفاق على اعتبار البلوغ فلا تسمع دعوى غير البالغ مطلقا ولكن بعد ان استدل السيد الاستاذ (قده) لذلك بما دل من الاخبار على ان

امر الصبي لايجوز حتى يبلغ وبالاجماع قال : ولكن القدر المتيقن من الاجماع وغيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفا في مال او غيره مما هو ممنوع منه والا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل والقسط ونحوهما سماعها في غير التصرفات كما اذا ادعى على شخص انه جنى عليه او سلبه ثوبه او اخذ منه مافي يده وانى بشهود فلا دليل على عدم سماع دعواه انتهى ، وهو كما ترى قوي متين ويتفق مع ماذكرته (المجلة) ولكنها اخلت ذكر باقي شرائط المدعي اوالدعوى مثل اشتراط كونه رشيدا فلا تسمع دعوى للسفيه وان كان بالغا والكر قيدها بعضهم بالمال اما لوتعلقت دعواه بغير المال كحق القذف والجناية والزواج بل ترقى السيد رضوان الله عليه الى سماع دعواه بالمال ايضا لان المسلم منعه من التصرف بالمال لادعوى المال فان اثبته دفعه الحاكم لوليه لا له وهو وجيه ايضا ﴿ الشرط الثالث ﴾ وكون مايدعيه لنفسه او لموكله او لمن له عليه ولاية او كونه متعلق حصة من رهانة او امانة او اعارة او التقاط فلا تسمع الدعوى عن بدون شيء من تلك العلاقات نعم يجوز للاجنبي من باب الحسبة اقامة الدعوى كما لو ادعى شخص على صغار بدين على ابيهم بعدموته والاجنبي يعلم بان الأب قد دفع له دينه وله شهود على ذلك فله المدافعة كما له اقامة الدعوى في صورة العكس وعلمه ان لأب الايتام ديناً على شخص اذ لاقصور في العمومات عن شمولها لمثل ذلك ﴿ الشرط الرابع ﴾ ان يكون مايدعيه امراً ممكناً فلا تسمع دعوى المحال عقلا

او عرفا او عادة او شرعا ﴿ الخامس ﴾ ان يكون ملزما بشيء فلو ادعى عليه وقفا أو هبة بلا قبض لم تسمع ضرورة ان الوقف بلا قبض ليس له اثر يلزم به لو ثبت ﴿ السادس ﴾ ان يكون ما يدعيه مما يصح ملكه فلا تصح دعوى المسلم خمرا او خنزيرا الا في مقام دعوى الاختصاص ﴿ السابع ﴾ ان يكون متعلق الدعوى معلوما جنسا ونوعا ووصفا وقدرا في المشهور فلو ادعى عليه ثوبا او فرسا او كتابا لم تسمع وعللوه بعدم الفائدة لو اعترف به وخالفهم جماعة فالزموا المدعي عليه بعد الثبوت بالتعيين والحلف على عدم الاعلى منه اوعدم العلم بما زاد والا يؤخذ منه القدر المتيقن مقدارا او فردا من حيث الوصف او القيمة ولو كان مرددا بين ماله قيمة و ما ليس له قيمة وفسره بالثاني قبل منه مع اليمين ﴿ الثامن ﴾ صراحة الدعوى في استحقاق المدعي فلو قال هذه الدار كانت لى وهذا التمر من نخلي لم تسمع حتى يضم اليها وهو الآن لي ومثله لو قال هذه الامة التي بيدك بنت امتي ، قالوا ولذا لو اقر شخص بيده جارية بانها بنت امتك لم يكن اقرارا له بالجارية بخلاف مالو اقر له بان هذا الدقيق من حنطته وهذا الغزل من صوفه وعليه فلو اقر له بذلك لزمه الاقرار ووجه الفرق بين النوع الاول من الدعوى فلا يسمع و بين الثاني فيسمع و كذا الاقرار يظهر بالتأمل وبعد معرفة وجه الفرق بين المقامين على حقيقته يندفع ايراد السيد الاستاد على ماذكروه فليتدبر ﴿ التاسع ﴾ ان يكون للمدعي طرف توجه اليه المخاصمة فلو لم

يكن طرف موجود فعلا واراد اثبات موضوع باصدار الحكم به من الحاكم ليكون دافعا لدعوى محتملة لم يجب على الحاكم سماعها فلو سمعها لم ترتب على حكمه فلو ادعى المدعي تعاد الدعوى من رأس واستقرب السيد (قده) سماعها وترتب الاثر على حكمه لو حكم وانه لايجوز وهومحل نظر ولا يقاس هذا على الحكم بالهلال والحدود التي لاخصومة فيها فليتدبر ﴿ العاشر ﴾ الجزم في الدعوى فلا تسمع الدعوى الظنية والوهمية على المشهور وخالفهم جماعة فاجازوا سماع الاحتمالية فضلا عن الظنية وفصل آخرون بين مايعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوهما ومن بعض تخصيص السماع بصورة احتمال الاقرار اووجود البينة اذا ادعى المدعي احدهما فان حصل احدهما نظرها الحاكم والا سقطت طبعا وقد تمادى الجدال و تدافع بينهم الاستدلال في هذا المجال ، والاوجه عندي في امثال هذه القضايا ان ترد الى نظر الحاكم فان ظهر له من الخصوصيات المقامية والقرائن الحالية ان في ردها تضييع حق اومشايعة باطل لزمه سماعها وان وجدها واهية بحدذاتها وانها لاتنتهي الى غاية تركها ، وقد ورد في جملة من احاديث اهل البيت سلام الله عليهم مايدل على جواز الاستحلاف على التهمة كخبر بكر بن حبيب قلت لابي عبد الله عليه السلام اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه فقال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه وفي خبر آخر لايضمن القصار الا ماجنت يداه وان اتهمته احلفته ، نعم لا يمكن هنا رد اليمين على المدعي لعدم جزمه فيقضي

بمجرد النكول او توقف الدعوى ولا يقدح في تعميم حكمها ورودها في مورد اليد المقتضية لوحدة الملاك وللاصحاب ، هنا بحوث عريضة طويلة فليراجعها من ارادها .

(الحادي عشر) تعيين المدعى عليه فلو ادعى على احد الشخصين او الاشخاص مردداً ولم تسمع كما لو قال لي كذا على زيد اوعلى عمرو على الترديد لم تسمع لعدم الفائدة بذلك لو ثبت اعترافهما بان فلا نعم اخذ عليه ذلك الدين ولا يعلم التعيين فانه لا يثبت الحق على احدهما لجريان الأصل فى جعل كل واحد منهما ويمكن ان يقال بالسماع والرجوع الى القرعة اوالتوزيع بينهما لدفع الضرر اوالمصالحة جمعا بين الحقوق نعم لو كانت الدعوى على غير محصورين سقطت قطعا ومثله الكلام مع الترديد في المدعي بان قال شخصان ان لاحدنا حقا عليك .

(الثاني عشر) يشترط في سماع الدعوى حضور المدعى عليه فلا تحسم الدعوى بالحكم القطعي نعم يجوز سماع الدعوى على الغايب في سفر او غيره قريبا او بعيدا ولكن لو قامت الحجة لا يحكم حكما قطعيا بل الغايب على حجته كما سيأتي في محله انشاء الله .

وفي خبر جميل الغايب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضي عنه دينه وهو غايب ويكون الغايب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء اذا لم يكن مليا نعم في خبر آخر لا يقضى على غايب والمراد به لا يقضى عليه قضاء قطعيا

حاسما لان الدعوى عليه لاتسمع والبينة لاتقبل .

هذا ذرو من القول اوذرة من ذروة مما ذكره فقهاؤنا في شرائط صحة سماع الدعوى ذكرناها موجزة كرؤس اقلام وقد اخلت (المجلة) با كثرها ومنه تجد الفرق بين الفقاهتين او الثقافتين والله ولي توفيق الجميع ،،،

والى الشرط الحادي عشر اشارت المجلة في مادة (١٦١٧) يشترط ان يكون المدعى عليه معلوما الى آخرها .

والى الثاني عشر اشارت بمادة (١٦١٨) يشترط حضور الخصم حين الدعوي الى آخرها .

والى السابع بمادة (١٦١٩) يشترط ان يكون المدعى به معلوما ولا تصح الدعوى اذا كان مجهولا ،،،

والى الرابع بمادة (١٦٢٩) يشترط ان يكون المدعي به محتمل الثبوت الى آخرها ،،،

والى الخامس بمادة (١٦٣٠) اما مادة (١٦٢١) اذا كان المدعى به عينا منقولا وحاضرا بالمجلس يدعيه المدعي بقوله هذا لي مشيراً اليه ،،،

وما بعدها من المواد الى مادة (١٦٢٧) فجميعها لبيان مقدار المعلومية اللازمة في الدعوى وحدودها حسب اختلاف المواضع والاعيان التي يدعى بها فان جملة من الأشياء يكفي فيها المشاهدة وان لم يعلم المدعي قيمتها او كيلها ووزنها كخاتم الزمرد ونحوه فلو كانت

حاضرة كفت الاشارة اليها وان كانت غايبه كفى الوصف وبالجملة فالظاهر المستفاد من النصوص والفتاوى ان المعلومية المعتبرة فى الدعوى اوسع دائرة من المعلومية المعتبرة فى البيع فتكفي المشاهدة او الوصف حتى فى المكيل والموزون الذي لا يكفي فى البيع وفى الاراضي والبساتين يكفي ذكر الحدود والجهات بل لابد من ذكر الحدود سواء فى الدعوى او البيع الا اذا كانت حدوده مشهورة معلومة بحيث تغني شهرتها عن ذكرها ولا يلزم ذكر مساحته او عدد نخيله واشجاره ولا عدد غرف الدار ومرافقها كل ذلك لكفاية المعلومية فى الجملة فى امثال هذه الموارد حتى فى البيع الذي هو اضيق العقود فضلا عن غيره وقد اشار الى بعض هذا فى مادة « ١٦٢٣ » اذا كان المدعى به عقارا الى آخرها .

« اما الديون » فهي مبنية على المعلومية التامة لانها حق فى الذمة لا فى الخارج فلا بد من بيانه بما يرفع الابهام كما اشارت اليه مادة « ١٦٢٦ » اذا كان المدعى به دينا يلزم المدعى بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره مثلا يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهبا اوفضة ونوعه بقوله سكة ال عثمان او الانكليز ووصفه بقوله سكة خالصة او مغشوشة ومقداره بقوله الفا ،،، الى آخرها .

مادة « ١٦٢٧ » اذا كان المدعى به عينا فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لي واما اذا كان دينا فيسئل عن سببه الى آخرها .

فالفرق بين المقامين غير واضح والاصح انه لا يلزم بيان السبب لا في الدين ولا في العين فتدبره .

مادة « ١٦٠٨ » حكم الاقرار هو ظهور المقر به وليس حدوثه بداءة ولهذا لا يكون الاقرار سبباً للملك بناء عليه لو ادعى شيئا وجعل سببه اقراره فقط لا يسمع دعواه مثلا لو ادعى ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي تسمع دعواه واما اذا ادعى بقوله ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي فلا تسمع دعواه ،،، الفرق بين المثالين دخول اللام في الثاني فلم يصح لانه ظاهر في التعليل وعدم دخوله في الاول فتكون الدعوى مركبة او متعلقة بامرين الحق وانه قد اقر به ، ولكن لا تذهبن عنك الخدشة في هذه التفرقة وانما تبطل الدعوى لو صرح ان سبب ثبوت الحق هو اقراره فان الاقرار لا يكون سببا اما لو كان مراده من اللام ان الاقرار سبب الاثبات لا الثبوت كان متجها ووجب ان تسمع الدعوى في المقامين (توضيح) هذا انك ربما لا تكون عالما بان لك حقا على فلان ولكن هو قد اعترف به فتقول ان لي عليه هذا الحق لانه هو اقر به وهذه دعوى صحيحة وجيهة فتدبره جيداً فانه جيد ثمين ومتين .

الباب الثاني

﴿ في دفع الدعوى ﴾

مادة « ١٦٣١ » الدفع هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي الى آخرها .

اتقن واحسن من هذا التطويل القاصر والبيان الفاتر ان يقال ان جواب المدعى عليه اما اقرار او انكار او سكوت ، اما الامثلة التي ذكرت في هذه المادة فكلها من قبيل الاقرار ودعوي الدفع فتنقلب الدعوى ويصير المدعي مدعى عليه والمدعى عليه مدعي وعليه اثبات الدعوي اي دفع الدفع او التحويل او غيرهما و (بالجملة) فللمدعى عليه اذا اقر حكم عليه فلو ادعى الايصال او نحوه لزمه الاثبات والا نفذ الحكم عليه واذا انكر فعليه اليمين ان لم يكن للمدعي بينة

« اما السكوت » فان كان لعذر مشروع لصمم او خرس او مرض توصلوا الى افهامه بالاشارة وان كان لعذر مانع فعلا امهل الى زوال عذره وان كان بلا عذر الزم بالجواب اولا بالرفق واللين ثم يتدرج الحاكم اليه بالشدة والغلظة من مرتبة الى اشد منها حسب مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

فان بقي مصراً على عدم الجواب فرارا من الحق وتماديا في الباطل فقد اختلفوا بين قائل بلزوم حبسه حتى يجيب ، وقائل بانه

يجبر عليه بالضرب والاهانة وقيل ان الحاكم يقول له ثلاثا ان اجبت والا جعلتك نا كلا ورددت اليمين على المدعى فان اصر رد اليمين وحكم عليه وقيل بتخيير الحاكم وينبغي ان يكون هذا هو الاصح فيكون امره راجعا الى الحاكم فان نفسيات الاشخاص مختلفة ودرجاتهم متفاوتة ولكل مقام مقال ولكل رجل حال « والغاية » انه اذا اصر على عدم الجواب بغير عذر ولم يتمكن الحاكم من التوصل الى وسيلة لتحصيل جوابه رد اليمين على المدعي ثم يحكم على الساكت لانه اما ان يجيب بالاقرار وهو مثبت للحق واما بالانكار وحكم اليمين وحيث لم يحلف رد اليمين على المدعي وحكم له ، اما المواد الثلاث المذكورة في هذا الفصل فكلها كما عرفت من قبيل الاقرار ودفع الدعوى بالدعوى ومن قبيل الانقلاب الذي عرفت حكمه

الفصل الثالث

« في بيان من كان خصما ومن لم يكن »

مادة (١٦٣٤) اذا ادعى احد شيئا وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم بتقدير اقراره يكون بانكاره في الدعوى واقامة البينة خصما . وان كان لم يترتب حكم على اقرار المدعى عليه اذا اقر لم يكن خصما بانكاره مثلا ـ ،،، تشوبه البيان وسوء التعبير وشدة التعقيد امر الفناه وعرفناه في هذا الكتاب ولكن الامر الثقيل على الطبع

اللطيف هو التطويل بلا فائدة والظاهر ان المراد بهذه المادة هو تعريف الخصم بانه هو الذي يلزمه لو اقر حكم اى هو الذى يحكم عليه بشئ لو اقر ، وانت خبير بان تعريف الخصم لافائدة اصلا ولا ثمرة تترتب عليه ابدا فان كل واحد من المتداعيين خصم الآخر لا يمتاز احدهما عن الآخر من ناحية الخصومة وايضا لم يرد لفظ الخصم في كتاب ولا سنة حتى يلزمنا معرفته اوتعريفه وانما المهم واللازم معرفة المدعي والمنكر وتمييز احدهما عن الآخر حتى يلزم كل واحد منهما بوظيفته من البينة واليمين حسبما ورد في النبوى المشهور البينة لمن ادعى واليمين على من انكر ، على اختلاف اساليبه الواردة في كتب الفقه والحديث وهذه المسألة اعنى قضية الضابطة لتمييز المدعي من المنكر هي من امهات او معضلات كتاب القضاء وقد اختلفت كلمات فقهائنا الاعلام في هذا المقام اشد الاختلاف وكثرت التعاريف والضوابط بما يجتمع بعضها مع بعض تارة و يفرق اخرى في مورد دون مورد ومحل دون آخر والمشهور من تلك الضوابط ثلاثة اواربعة .

(١) المدعي هو من يخالف قوله الاصل والمنكر هو من يوافق قوله الاصل .

« ٢ » المدعي من يخالف قوله الظاهر ، والمنكر من يوافقه .

« ٣ » المدعي هو الذي لو ترك يترك ، والمنكر هو الذي لايترك لو ترك .

(٤) المدعي من لا يلزمه شيء باقراره والمنكر من يلزمه شيء لو اقر

وكان اصحاب المجلة ارادو هذا الوجه الآخير فقصرت عباراتهم عن القصد الصحيح حيث جعلوه ضابطة للخصم الذي لا يتعلق به غرض اصلا وانما المهم هو المدعي والمنكر فساء البيان واختل الميزان وتنافرت الاطاعة والعصيان ثم ان تلك التعاريف قد تنطبق على مورد واحد متصادقة عليه وقد تتنافر في موارد اخرى (مثلا) لو ادعى زيد على شخص من غير اهل بلاده ولم نعرف له علاقة به ولا صلة معه بدين فانكر الآخر فزيد هو المدعي على جميع التقادير المتقدمة والشخص منكر على كل تقدير منها ، ولكن لو ادعت الزوجة التي تسكن مع زوجها مع يساره وصلاحه انه لا ينفق عليها فهي منكرة على الاول والاخير مدعية على الثاني والثالث وربما يتحصل فرض يختلف فيه كل فرض مع الآخر ، والتحقيق المهم هنا ليس ترجيح احدى هذه الضوابط على سائرها وانما المهم شيء ادق واحق بالبحث وهو ان هذين اللفظين اعني (المدعي) (والمنكر) ليس للشارع فيهما اصطلاح خاص ولا له فيهما حقيقة شرعية حتى نبحث عن ذلك المعنى المجعول وهو ما يسميه بعض « بالموضوعات المستنبطة » كالكر والمسافة والزكوة والصلوة ونظايرها وانما المراد به المعنى اللغوي او العرفي والتعاريف كلها طالت او قصرت كلها لتحديد ذلك المعنى والكشف عنه بجملة جامعة مانعة ولننظر اولا الى تصاريف هذه المادة اعني المدعي ولا خفاء في انها مأخوذة من

الدعوى وهي مصدر او اسم مصدر من دعا يدعو دعاه ودعوى ويرجع اصلها الى الطلب ودعاه طلبه او طلب منه واليه يرجع المضاعف وهو ادعاه دعوى اي تطلب منه حقا او شيئا اذاً فالمدعي هو الذي يطلب منه غيره شيئا سواء كان طلبه موافقا للاصل ام لا موافقا للظاهر او مخالفا فالزوجة مدعية لأنها تطلب من الزوج وان كان في دعواها عدم الانفاق مخالفة للظاهر من جهة يساره وسكناها معه وهذا وان اختل في جملة من الموارد وهي باب الامناء كالمستاجر والودعي والمرتهن والعامل في المضاربة فان احد هؤلاء لو ادعى رد عين او تلفها بغير تفريط فهو مدع قطعا مع انه لا يطلب شيئا من خصمه بل خصمه وهو الموجر والمودع يطلب شيئا منه وهو العين ولكن يمكن ايضا ارجاع هؤلاء الى ذلك الاصل فان كل واحد من هؤلاء يطلب شيئا وهو سقوط ضمان اليد عنه لما عرفت في محله من هذا الكتاب أن عموم قاعدة تقتضي ضمان كل من تلف مال غيره في يده ولهذا الضمان مسقطات منها الرد ومنها التلف بغير تفريط وغير ذلك فالمستاجر يطلب سقوط ضمان العين التي كانت بيده بحصول المسقط فهو المدعي حقيقة والموجر منكر وهكذا « وبالجملة » فلو رجعنا الى العرف في معنى المدعي لوجدناه مفهوما بسيطا وفي غاية البساطة وليس هو اكثر من انه هو المطالب غيره بشيء نعم قد يقع الاشتباه كثيراً في مصاديقه او تمييز المطالب من المطالب منه وهذا جار في اكثر المفاهيم العرفية التي لايزال يحصل الاشتباه والشك في جملة

أفراد أنه من مصاديقها أم لا وهنا تظهر فطانة الفقيه ولباقة المجتهد وفراسة الحاكم ، وكل وظيفة الحاكم هي تطبيق الكليات على مصاديقها واستخراج احكامها من ادلتها ، فالمفتي يعطي احكام الكليات والحاكم يطبقها على الجزئيات ،، فتدبر هذا وانتفع به ،،، اما الامثلة التي ذكرتها المجلة في هذه المادة فالفرق بين المثالين لعله مبني على حقوق العقد وحيث ان حقوق عقد الرسول للمرسل فيكون هو الخصم للمدعى وتسمع دعواه و بينته لانه لو اقر لزمه دفع الثمن بخلاف الوكيل فان حقوق العقد له لا لموكله ولو اقر لم يلزمه باقراره شيء فلذا لا تسمع الدعوى عليه ولا البينة ،،، هذا خلاصة ما اعتمدته المجلة في الفرق ولا يخفى على الشادي فضلا عن الفاضل ضعفه وان الوكيل اذا اشترى لموكله كانت حقوق العقد لموكله ايضا كالمرسل [و بالجملة] فالوكيل والرسول ان اشتريا لانفسهما كان المرسل والموكل اجنبيين و لا تتوجه الدعوى الى واحد منهما اصلا وان اشتريا للموكل والمرسل توجهت الدعوى اليهما وسمعت بينة المدعى عليهما ، اما الوصي والولي والمتولي فحقوق العقد لهم واقرارهم نافذ في كل ما يعود الى ما لهم الولاية عليه بعد فرض امانتهم وعنايتهم [مادة : ١٦٣٥] الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط ،،، الدعوى اما ان تتعلق بعين او دين او منفعة او حق اما الدعوى على العين فان كانت تعلقت الدعوى على من هي في يده فعلا فلو كان ذو اليد قد اشتراها من آخر لعلة غاصب لها او متغلب عليها اشتباها لم تتوجه على ذلك

الغاصب البالغ بل على المشتري المستولي على العين فعلا فاذا اثبت المدعي لنها له انتزعها منه و يرجع بالثمن على بايعها وان كانت بالغة تخير في الرجوع بقيمتها على البايع او على المشتري و يرجع هو على البايع ونجد تفصيل هذه النواحي فى توارد الايادى على العين اذا تلفت في يد احدهم ومما ذكرنا يظهر الخلل في مادة ﴿ ١٦٣٦ ﴾ اذا خرج مستحق المال المشترى وادعاه نظر الى ان المشترى ،،، فان الدعوى على كل حال تتوجه الى ذي اليد بايعا كان او مشتريا فاذا كانت لا تزال عند البايع كان هو الخصم لا يلزم حضور المشتري لانه لم يعلم كونه مالكا وملكيته علي ملكية البايع وهي الاصل فاذا زال زال الفرع تبعا قهراً .

مادة ﴿ ١٦٣٧ ﴾ يشترط حضور الوديع والمودع و المستعير والمعير والمستاجر والمؤجر والمرتهن والراهن معا عند دعوى الوديعة على الوديع الى آخرها ،،، العين في يد هؤلاء امانة مالكية ولوادعاها مدع فالدعوى على المالك لا على المؤتمن بل ولا يشترط حضوره اصلا بل لو اراد ان يدفع الدعوى من نفسه كان متبرعا ولا تنحسم الدعوى بدفاعه بل لا بد من دفاع المالك والحكم له او عليه اما لو غصبها غاصب من المستعير او من المرتهن او المستاجر فلكل واحد منهم الدفاع بما انه امين والامين وظيفته المحافظة على الامانة والدفاع عنها بل لو لم يدافع لكان مقصرا او ضامنا فمن هنا صح دفاعهم عن الامانة وتحققت الخصومة كما انها تصح من المالك وهو فى ذلك

الاصل الذي اليه و به تنتهي القضية اما اولئك اعني الودعي والمستعير والمرتهن فيشكل انحسام الدعوى بدفاعهم بحيث لو صار الحكم عليهم لا يبقى مجال دفاع للمالك و تجديد النظر فيها كما لو كان الحكم عليه راسا فتدبره فانه جدير بذلك .

﴿ ١٦٣٨ ﴾ لا يكون الوديع خصما للمشترى وهو انه اذا ادعى احد تسليم الدار المودعة عند شخص بقوله اني اشتريت هذه الدار الى آخرها .

الفرق بين المثالين ان المدعي في المثال الاول لم يدع الوكالة فلو ادعاها فرضا لم يثبتها وفي الثاني ادعاها واثبتها ، ولكن لا يذهبن عنك ان يقول وكالة بتسليمها واقباضها اذ لا معنى ان يوكل الانسان على قبض ما انتقل اليه وما صار ملكه نعم انما يصح ان يوكل الوديع فى الاقباض والتسليم فتدبره .

﴿ ١٦٣٩ ﴾ لا يكون الوديع خصما لدائن المودع بناء عليه اذا اثبت الدائن طلبه الذى هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع فليس ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده ،،، هذا صحيح ولكن قيد ﴿ فى مواجهة الوديع ﴾ لا محل له بل اذا اثبت الدين فى مواجهة الوديع او غيبته لم يكن له الاستيفاء مطلقا كما ان اخذ النفقة من الدراهم المودعة للغايب لا يصح على اطلاقه بل انما يصح بحكم الحاكم مع مطالبة الزوجة مثلا وعدم باذل عنه لا مطلقا ، فالاول يجب اطلاقه والثاني يجب تقييده وهو واضح ، ومادة [٧٨٩] ايضا لا تفي

بالبيان فراجعها .

« ١٦٤٠ » لايكون مديون المديون خصما للدائن ،،،

هذا مما لااشكال فيه ولا ريب ولا حاجة الى بيانه فانه من توضيح الواضحات ومثله مادة « ١٦٤١ » لايكون المشتري من المشتري خصما للبايع مثلا لو باع احد ماله لآخر و بعد القبض باعه المشتري لآخر ايضاً فليس للبايع الاول ان يطلب الثمن من المشترى الثاني ـ ، ، ،

نعم هذا صحيح ولكن للبايع ان يفسخ بخيار تاخير الثمن واذا انحل العقد الاول انحل الثاني طبعا فيسترجع البايع العين من المشترى الثاني وهو واضح .

مادة « ١٦٤٢ » يصح ان يكون احد الورثة خصما في الدعوى التي تقام على الميت او له ،،، الى آخرها .

هذا الموضوع متشعب الجهات متسع النواحي و لم توفه المجلة حقه ، فنقول في تشر يحه وتوضيحه من جميع اطرافه ـ ان واحدا من جماعة لو ادعى على آخر بعين في يده او دين في ذمته ، او ادعى شخص على واحد من جماعة كذلك فاما ان يكون السبب في الدعوى واحداً او متعددا فاذا كان لكل واحد سبب يدعي به فلااشكال في ان الواحد لو ادعى بسبب واثبت لم يثبت حق الآخر الذى يدعي حصته في العين بسبب آخر مثلا لو ادعى جماعة ان العين التي بيد زيد هي لهم اجمع ولكن ملكية احدهم بالهبة والآخر بالشراء

وهكذا فاذا اثبت المدعي بالهبة حقه فيها يحتاج مدعي البيع الى اقامة دعوى مستقلة واثبات آخر ، واما اذا اتحدا لسبب فاما ان يكون هو الارث او يكون غيره ، اما الارث فلو ادعى احد الورثة عينا لميتهم في يد الغير فاما ان يقر صاحب اليد له بحصة فقط او يقر بانها لمورثه وعلى الثاني يشترك الورثة فيها باجمعهم ولكن لايجوز له دفع حصصهم لواحد منهم الا بتوكيل منهم والا فاللازم ان يدفع لكل واحد حصته ، ولو اقر للمدعي بحصته فقط لم يثبت حق الآخرين الا بدعوى منهم مستقلة واثبات جديد وان لم يقر واثبت الوارث المدعى حقه بالبينة فان شهدت البينة بحقه فقط لم يثبت حق الآخرين وان شهدت بالسبب بان قالت ان هذه العين لمورثهم يثبت حق الجميع ولكن لايدفع حق كل واحد الا له او لوكيله ولا فرق فى هذا بين دعوى الدين او العين ، اما اذا كانت الدعوى على الميت بدين او بعين هي في يد واحد منهم فان اقر له صاحب اليد نفذ اقراره فى حصته فقط ولا ينفذ على الباقين بل يحتاج المدعي الى اقامة الدعوى على كل واحد منهم مستقلا ، وان اثبتها بالبينة فقد يقال انه يمشي الحكم على الجميع وهو الذي صرحت به المجلة فى هذه المادة حيث يقول : واذا لم يقروا ثبت المدعي دعواه فى حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثة واذا اراد ان يأخذ طلبه الذي اثبته من التركة فليس للورثة ان يقولوا له اثبت ذلك فى حضورنا ايضا - الى قوله : وان انكر الوارث الذي هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه

يحكم على جميع الورثة انظر مادة « ٧٨ » وهي البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة .

ولكن هذا الكلام مختل الدعام ، منحل النظام ، اما « اولا » فيمكن ان يقال ان البينة والحكم اذا قام على احد الورثة لم يكن وجه لسريانه الى باقي الورثة مع عدم حضورهم اذ لعل لهم دفاعا غير الذي دافع به ذلك الوارث المحكوم فلابد اما من حضورهم في الدعوى او تجديدها بالنسبة اليهم « وثانياً » لو فرض سريان الحكم و البينة اليهم فما الوجه في قول المجلة ولكن لهم صلاحية دفع دعوى المدعي فان معنى نفوذ الحكم ان ليس لهم بعد الحكم حق الدفع فهذه الجملة تشبه ان تكون متناقضة مع ماتقدمها وما تأخر عنها ، والاقرب ان الحكم على احد الورثة لايسري الى الباقين الذين لم يحضروا ولم يوكلوا ولهم المطالبة باعادة الدعوى بحضورهم اما مادة (٧٨) فهي اجنبية عن هذا المعنى فراجع الجزء الأول من التحرير .

هذا كله في الدعوى على الميت والورثة ، واما لو كانت الدعوى لهم على شخص فان اقر للجميع فلا اشكال وان اقر لواحد اختص الاقرار به وان اثبت الحق بالبينة لزمه الحق للجميع ان شهدت البينة والحكم به كذلك والا اختص الحق بمن اختصت به وبالضرورة فان الحكم انما يصدر على وزان البينة سعة وضيقا ، ومثله الكلام في دعوى واحد من جماعة بسبب واحد غير الارث كالاتهاب والشراء وامثالها فانه ايضا يدور مدار الاقرار والبينة سعة وضيقا و من جميع ذلك

يتضح لك ان الاقرار والبينة متساويان من هذه الجهات وان اختلفا بالنظر الى بعض الخصوصيات كما تقدم في محله وهذا كله مما لا ينبغي الاشكال فيه انما الاشكال والعقدة العسرة الانحلال ، ان الواحد الذي يدعي بالسبب المشترك ارثا كان او غيره اذا اقر له المدعى عليه بخصوصه او قامت البينة عليه كذلك ارثا كان السبب او غيره كما لو ادعى ان هذه الثياب التى بيد زيد هي له ولاخوته ارثا او شراء فاعترف له صاحب اليد بان له ثوبا منها و دفعه اليه فهل يشترك معه اخوته حسب دعواه واعترافه او يختص حسب اقرار صاحب اليد مسألة مشكلة ولاصحابنا فيها خلاف يطلب من مظانه و الاشتراك اقرب عينا كان او دينا وليس من هذا القبيل اعتراف احد الاخوة بان زيدا المجهول النسب اخوهم ويشاركهم في الميراث فانه لا يمضي اقراره الا في حصته ولا يسرى الى اخوته الباقين اما لو اقام زيد البينة على انه اخوهم فانه يشاركهم جميعا وذلك لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة متعدية كما مضى في القاعدة التي مرت الاشارة اليها وهذا هو المعنى الصحيح للقاعدة لا ما تخيله اصحاب المجلة فتدبره ثم ان المجلة نبهت على القسم الثاني من اسباب الدعوى المشتركة وهو السبب غير الارث في مادة (١٦٤٣) ليس لاحد الشركاء في عين ملكوه بسبب غير الارث ان يكون في الدعوى خصما للمدعي في حصة الآخر - ولكنها ناقصة غير مستوفاة فان الاثبات على احدهم بحضورهم بالبينة فانها تمضي عليهم جميعا ان شهدت البينة عليهم بنحو

عام وان شهدت بنحو خاص اوكانوا غير حاضرين فالحكم لا يسري اليهم نعم لو اقر احدهم بحق المدعي فهو مقصور على حصة ذلك المقر مطلقا .

مادة (١٦٤٤) تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدعيا ويحكم على المدعى عليه في دعوى الحال التي يعود نفعها الى العموم كالطريق العام .

يعني لو أن احدا ادعى ان هذا الشخص قد اخذ من الطريق العام لداره او يجلس فيه للبيع ويضر بالمارة تسمع دعواه واذا اثبتها يحكم على المدعى بما يراه الحاكم من غرامة وغيرها مادة « ١٦٤٥ » واضحة مادة « ١٦٤٦ » اهالي القرية الذين يزيد عددهم على المائة يعدون غير محصورين .

الأصح ارجاع المحصور وغيره الى العرف والظاهر ان ملاك غير المحصور ان يبلغ من الكثرة الى مقدار يعسر عده وهذا يختلف باختلاف الأحوال والمواقع فقد تكون المائة في حال محصورة وقد تكون في حال آخر غير محصورة .

الفصل الرابع
في
(بيان التناقض)

هـذا المبحث لاعين له في كتب اصحابنا ولا أثر ولم يذكر في متون الفقه ، واهماله هو المتعين فان التناقض خصوصية في جريان المرافعة والخصومة ويرجع حكمها الى الحاكم ويختلف ذلك باختلاف المقامات والأحوال فقد يكون التناقض باقرار بعد انكار او انكار بعد اقرار فهو وان تناقض ولكن الحكم يكون على اقراره في المقامين ولا اثر لانكاره تقدم اوتأخر ، وعلى هذا النسق الأمثلة التي ذكرتها « المجلة » : مثلا لو اراد احـد ان يشتري مالا ثم قبل الاشتراء ادعى انه ملكه لاتسمع دعواه ـ فان هذا ممنوع على اطلاقه بل يمكن القول بصحة سماع دعواه اذا ابدى وجها مشروعا معقولا يظهر عليه الصدق حسب المقامات مثل انه اراد شرائه تفاديا من خسة الخصومة وحفظا للكرامة ثم رأى غلاء الثمن فعدل عن ذلك وما اشبه هذا من الوجوه الكثيرة والمعاذير المعقولة ومثل هذا مايليه من الامثلة فالجميع يمكن في بعض المواقع قبول الدعوى اوجه مشروع يرتفع به التناقض

اذاً فالتناقض ليس بامر ذي شأن يقتضي ان يعقد له عنوان ، بل من خصوصيات جريان المرافعات وليس له قاعدة كلية وحكم مطرد بل يكون مانعا تارة وغير مانع اخرى واوضح من هذا خللا وضعفا مادة « ١٦٤٨ » كما انه لا يصح لاحد ان يدعي المال الذي اقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكالة او الوصاية عن آخر .

اذ اي مانع ان يكون كما اقر به للغير باعتبار الزمن السابق ثم انتقل الى المقر بعد ذلك غايته انه ملزم بالاثبات وهذا هو عين سماع الدعوى (فاسمعها جيداً) كما انه اى مانع من اقراره بانه مال الغير وهو ولي عليه او وصي عن آخر ، فاين التناقض ولو صورة فضلا عن التناقض حقيقة ، وهكذا مادة « ١٦٤٩ » اذا ابرأ احد آخر من جميع الدعاوى لا يصح له ان يدعي بعد ذلك مالا لنفسه ولكن يصح له ان يدعي بالوكالة .

فانها ايضا قاصرة بتراء فان الابراء عما مضى من الحقوق في الزمان فلا مانع من دعوى حق له جديد متأخر عن وقت الابراء وان كان عن السابق واللاحق فهو ابراء غير صحيح لانه من قبيل اسقاط مالم يجب فله ان يدعي حقا جديدا بعد الابراء وهكذا مادة « ١٦٥٠ » اذا ادعى احد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعي به لنفسه ،،

بل يصح ان يدعية لنفسة بدعوى انه اشتراه منه او وهبه له

المالك وما اشبه ، فلأي شيء لاتسمع دعواه ؟ بل لعله قد ادعاه لآخر لغرض صحيح — كما لغرض صح به ان يدعيه لآخر بعد مادعاه لنفسه لان الوكيل بالدعوى يضيف الملك الى نفسه في بعض الأحيان ، ولا فرق فى ذلك بين ان يكون عند الخصومة او غيرها فافهمه .

مادة (١٦٥١) كما ان الحق الواحد لايستوفى من كل واحد من الشخصين على حده بتمامه . كذلك لايدعي الحق الواحد الذي ترتب من جهة واحدة على رجلين .

يعني كما ان الحق الذي ثبت على شخص معين لايعقل ان يطالب غيره ولا يستوفى الا منه كذلك الحق الذي يدعي به على شخص من جهة واحدة لايمكن ان يدعي به من تلك الجهة على شخص آخر ، والتقييد بوحدة الجهة احترازا عما لو تعددت فان الكفيل يطالب ويدعي عليه بما تكفل به مع صحة مطالبة المكفول ايضا لنفس ذلك الحق ولكن الجهة متعددة وان كان الحق واحدا فان احدهما عهدة لنسبة والاخرى عهدة غيرية وهذا وان كان صحيحا بادي الرأي ولكن يمكن نقضه بالضمان على مذهب الجمهور من انه ضم ذمة الى ذمة فكل واحد يصح مطالبة على البدل بحق واحد ومن جهة واحدة فليتدبر .

مادة (١٦٥٢) يتحقق التناقض فى كلام الشخصين اللذان هما فى حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث الى آخرها .

كما لو ادعى الموكل ثمن مبيع والوكيل غرامة اتلاف ونظائر ذلك ولكن قد يرتفع عند الحاكم تناقضهما ببعض الوجوه المعقولة .

مادة (١٦٥٣) يرتفع التناقض بتصديق الخصم مثلا بعد ان ادعى احد على آخر الفا من جهة القرض ثم لو ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة وصدق المدعى عليه يرتفع التناقض .

لعله لا تناقض اصلا فان الكفالة اشتغال الذمة فهو ايضا قرض بمعناه العام نعم لو ادعى انه اخذ منه المبلغ قرضا ثم قال اخذته من غيره وقد كفله كان تناقضا فتدبره . ومثله مادة « ١٦٥٤ » ويرتفع التناقض بتكذيب الحاكم مثلا لو ادعى المال الذي هو في يد غيره انه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانما اشتريته منه واقام المدعي البينة وحكم بذلك يرجع المحكوم بثمن المال على البايع ، والتناقض الذي رفع بين اقراره بكون المال للبايع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم اقراره .

فانه لا تناقض اصلا ضرورة ان قوله هذا المال لفلان وانما اشتريته منه مبني على ظاهر اليد وقد ارتفع هذا بالبينة قبل ان يحكم الحاكم لما عرفت من ان البينة لها نظر الى الواقع ومتعلقها منزل منزلة الواقع فلذلك هي حاكمة على اليد وعلى الاقرار وعلى سائر الامارات فتدبره .

مادة (١٦٥٥) يعني التناقض اذا ظهرت مقدرة المدعي وكان محل خفاء مثلا اذا ادعى المستأجر على المؤجر الى آخرها ،،،

هذه بعض المعاذير التي يرتفع بها التناقض الظاهري وهناك وجوه اخرى كثيرة تجرى حتى فى مادة (١٦٥٦) الابتداز الى تقسيم التركه اقرار بكون المقسوم مشتركا بناء عليه لوادعى احد الى آخرها ،،

ووجه الارتفاع فى الأول فضلا عن الثاني غير خفي فافهمه وتكثير الأمثلة وان كان فيه فائدة التمرين احيانا ولكنها قد توجب من الملل والضجر اكثر من التمرين بالتمرين فما فى مادة (١٦٥٧) لوامكن توفيق الكلام الذى يرى متناقضا واوفقه المدعي ايضا يرتفع التناقض مثلا ـ الى آخرها .

جميل من حيث التنبيه على اختلاف التفاسير واساليب الدعوى التى يختلف الحكم باختلافها من حيث التناقض وعدمه مع تقاربها بل وحدتها فى بادى الرأى ، فاذا قال لم تودع عندى شيئاً كان مناقضا لقوله رددتها عليك اما لو قال ليس لك عندى فعلا لم يكن تناقضا وهكذا حال الأمثلة المتقدمة وهو باب جميل وان كان فيه شيء من التطويل ومن هذا القبيل مادة [١٦٥٨] فانه باقراره وكتابه للوثيقة والسند على نفسة فقد تم هذا الأمر من جهة فلو سعى فى نقضه كان سعيه مردوداً عليه ،،، اما ـ مادة (١٦٥٩) اذا باع احد مالا فى حضور آخر لشخص على انه ملكه وسلمه ثم ادعى

الحاضر بانه ملكه مع انه كان حاضرا في مجلس البيع وسكت بلا عذر ينظر الى ان الحاضر هل كان من اقارب البايع ام لا — الى آخرها ، فانها مع مافيها من التعقيد الشديد وسوء البيان ، غير متجه مافيها من التفصيل بين الأقارب والأجانب فان السكوت بغير عذر ظاهر في عدم علاقته به وانه ملك البايع وربما كان السكوت كلاما فدعواه الملكية بعد ذلك يناقض اعترافه بملكية البايع التى دل عليها سكوته الذي هو بمنزلة الكلام وهذا الوجه يجري في البعيد والقريب ولا اعرف للتفصيل وجها معقولا فتدبره .

الباب الثانى
في
حق مرور الزمان

اعلم اصلحك الله ان فقهاء الامامية رضوان الله عليهم لايبحثون عن حكم واقعة الا من حيث دليلها الشرعي وما يستفاد من نصوص الكتاب والسنة واحكام العقل الضروري يعنى انهم يبحثون عن احكام الوقايع من حيث جعل الشارع الحكيم لا من حيث الجعل البشري والاستحسانات الاعتبارية ، وجعل القوانين الدولية ، فان فقه

الامامية بمعزل عن هذا بل هو شرعي محض لايتعدى عن حدود الفرقان المجيد والسنة النبوية والاحكام العقلية القطعية لاالظنية او الاستحسانية ، وحيث ان قضية مرور الزمان لا ترجع الى كتاب ولا سنة بل ولا الى عقل ولا استحسان ولا قياس ، وانما هو جعل جزائي محض ، واحكام اقتراحية صرفة ، لذلك لا نجد لهذا البحث اعني بحث (مرور الزمان) في كتب اصحابنا عينا ولا اثرا لافي المختصرات ولاالمطولات ، ولعمر الحق ان عدم سماع الدعوى لقضية [مرور الزمان] لحكم جزائي جائر اذ ماالمانع من سماع الحاكم دعوى قد مضى عليها مائة سنة لاثلاثون فينظر فيها فان كانت حقا حكم بالحق وان كانت باطلا ردها ، اما التعلل بان تركه المطالبة بحقه طيلة المدة من غير عذر دليل على سقوطه والا لطالب به فهو مدفوع بان هذا لايقضي بعدم السماع بل اللازم ان يسمعها الحاكم ثم يسأله عن سبب تركه المطالبة في تلك البرهة فان ابدى عذراً معقولا فذاك والا جعله بعض القرائن على بطلان حقه فان عارضه بما هو اقوى حكم له والا حكم عليه ، (والخلاصة) ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان يجحف بالحقوق ويروج دولة الباطل ، وما اكثر ماتكون للناس اعذار خفية ، وموانع سرية ، توجب عليهم تاخير المطالبة غير الموانع العامة كالصغر والجنون والمرض والسفر فلو اوصدنا باب سماع الدعوى عليهم كنا قد ذهبنا بحقوقهم ظلما وعدوانا أفليس من الظلم الفاحش ان لاتسمع دعواه ولعله محق فيها ومن هذا البيان وما

طويناه من امثاله يظهر لك ان قضية مرور الزمان وسد باب الدعوى من اجله حكم جزافي لايطابقه كتاب ولا سنة ، ولا يوافقه عقـل ولا قياس ، ومن هنا تعرف رصانة فقه الامامية و بعد نظرهم و قوة مداركهم ، اذاً فلنطو هذا البحث على علاته ولنوصد بابه لا ننا لانبحث فى مسألة الا من حيث دليلها الشرعي اما اذا خلت عن الدليل و كانت جعلا جزافيا ، فلا ناقة لنا فيها ولا جمل ولسنا منها في خل ولا خمر . و كان الواجب على ارباب « المجلة » بما انها فقـه اسلامي مأخوذ من أئمة المذاهب الأربعة ان لايذكروا شيئاً من هذا الباب في مجلتهم واللازم على من يرغب في تحرير المجلة حذفـه والله الموفق وبه المستعان .

الكتاب الخامس عشر

﴿ فى البينات والتحليف ﴾

ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

﴿ المقدمة فى بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبينات والتحليف ﴾

المقدمة

مادة « ١٦٧٦ » البينة هي الحجة القوية .

هذا تعريف باللازم الاعم كما يقولون « سعدانة نبت » .

فان الشياع ايضا حجة قوية والتواتر حجة قوية بل وما دون البينة ايضا حجة قوية كخبر العدل الواحد بناء على حجيته فى الجملة وكل هذه الامارات حجة قوية فما ذا تمتاز البينة اذاً فلاصح

في تعريفها ان يقال انها ـ الشاهدان العادلان في امر يترتب عليه حكم شرعي .

مادة « ١٦٧٧ » التواتر خبر جماعة لايجوز العقل اتفاقهم على الكذب ،،، ويعتبر ان يكون ذلك في جميع الطبقات فلو انتهى خبرهم الى واحد لايكون الخبر متواتر بل الخبر عنه متواتر فيسقط وعليك بتدبره كي لاتسقط .

مادة « ١٦٧٨ » واضحة « ١٦٧٩ » ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل او الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك ،،،

ان كان المراد باليد ـ العضو الخاص ويراد من الوضع القبض بها صح العطف ولكن لا يعتبر هذا المعنى في اليد التي هي محل تعلق الأحكام من ضمان ودلالة على الملكية ـ وان كان المراد بها الأستيلاء صح التفسير ولغى العطف فتدبره — وباقي المواد واضحة .

الباب الاول
في
﴿ الشهادة ويشتمل على ثمانية فصول ﴾

الفصل الاول
فى
﴿ بيان تعريف الشهادة ونصابها ﴾

مادة « ١٦٨٤ » الشهادة هى الاخبار بلفظ الشهادة يعني يقول اشهد باثبات حق احد الذي هو ذمة الآخر ،، الا تعجبوا من ركاكة هذا التعبير وسوء هذا التفسير الذي هو كتفسير الشيء بنفسه على حد قوله : كأننا والماء من حولنا الخ فان النتيجة بعد تلك التعقيدات ان الشهادة هي قول أشهد بان هذا له حق فى ذمة هذا — مع ان الشهادة لاتنحصر بقضية الحق فى الذمة بل تشمل الشهادة على العين ايضا ولا يعتبر في تحقق معناها حضور الحاكم ولا مواجهة الخصمين وانما هذه الخصوصيات معتبرة في مقام اعتبارها في الخصومة وحكم الحاكم بها لا في مقام اعتبارها بذاتها .

مادة (١٦٨٥) نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان وتقبل شهادة النساء فقط في حق المال في المحال الذي لا يمكن اطلاع الرجال عليها ،،،

اعلم ان هذا البحث من اهم مباحث الشهادة بل هو في الدرجة الاولى ، فان حكم الحاكم بالشهادة موقوف على معرفة نصابها وهو يختلف حسب اختلاف الحقوق كما يختلف اشتراط الذكورة فى بعض وعدم اشتراطها فى بعض آخر وما ذكرته (المجلة) فى هذه المادة ناقص ومع نقصه مختل مضطرب ويعلم هذا من البيان الذي ننشره عليك وذلك ان فقهاء الامامية قسموا الحقوق قسمين (حقوق الخالق) جل شأنه « وحقوق المخلوق » واظهر حقوق الله سبحانه هى العقوبات والحدود التي فرضها على مرتكبي الكبائر المحرمة فى الاسلام بل فى عامة الشرائع وهو على قسمين قسم لا يثبت الا باربعة رجال او ثلاثة وامرأتين وهو زنى المحصن الموجب للرجم ورجلين واربع نساء وهوزنى غيره الموجب للجلد واعتبار الأربعة منصوص فى كتاب الله المجيد « واستشهدوا عليهن أربعة منكم » « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء » وقيام النساء مقام الشاهدين ، والشاهد ثبت بالسنة وقد علل بعضهم اعتبار الأربعة بانه شهادة على اثنين الزاني والمزني بها والخدشة فيه واضحة ، وفي بعض الأحاديث انه تعبد خاص وايماء الى بطلان القياس والا فالقتل اعظم جريمة عند الله تعالى واضر فى المجتمع مع انه لم يعتبر فى اثباته الأربعة وعندنا مع ذلك فى هذا

الحكم حكمه دقيقة لامجال لذكرها في هذا المقام ويلحق بالزنا اخواه.
اللواط والسحق وفي اتيان البهائم خلاف (القسم الثاني) مالا يثبت الا بشاهدين من الرجال وهو ماعدا ماتقدم من باقي الجرائم والجنايات كالقتل والسرقة قطعا لامالا وشرب الخمر والارتداد ،،، وهذا مجمل حقوق الخالق اما حقوق المخلوق فهي ايضا انواع « فمنها مالا يثبت الا بشاهدين ايضا » وهو مالا يقصد منه المال اصالة وان استلزمه احيانا تبعا كالطلاق والخلع والوكالة والوصية العهدية اى الوصية اليه لاله والأهلة والنسب اما العتق والنكاح والقصاص ففيه خلاف « ومنها » مايثبت ايضا بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين وهو كل مايقصد منه المال اصالة كالديون من القرض اوالقراض والغصب وعقود المعاوضات كانواع البيوع والآجارات والرهن والوصية التمليكية والجنايات الموجبة للدية والوقف على الاصح.

« ومنها » مايثبت بالرجال منفردين وبالنساء منفردات او منضمات وضابطته كلما يعسر اطلاع الرجال عليه من احوال النساء كالولادة والاستهلال وعيوب النساء الخاصة وكل مورد يثبت به الحق بشهادة النساء منفردات فلا يكفي فيه اقل من اربع واذا لم يكمل النصاب كانت شهادتهن لغوا لاأثر لها الا في موردين « الوصية » التمليكية فانه يثبت بالواحدة ربع وبالاثنين نصف و بالثلاث ثلاثة ارباع وبالاربعة الكل « والثاني » الاستهلال اي الشهادة بولادة الجنين حياً فيثبت بالواحدة ربع الميراث و هكذا ، ثم ان الشهادة

لاتجب في شيء من العقـود والايقاعات لا وضعا ولا تكليفا الا في الطلاق فانه لايصح بدون حضور الشاهدين العـدلين و يستحب فيما عدا ذلك ويتاكد في عقود النكاح والرجعة ولا يثبت شيء منها عند الخصومة الابالبينة او الاقرار او الشاهد واليمين الى آخر مامر ويأتي انشاء الله ،،، وقد ظهر لك من هذ البيان الموجز مافي هذه المادة من الفتور والقصور اما « اولا » فالنصاب في حقوق العباد لاينحصر في الرجلين او الرجل والمرأتين بل يحصل بالواحد مع اليمين اي يمين المدعي « وثانيا » فان شهادة النساء في الجملة تقبل في المال و غيره في حقوق العباد وغيرها في مايمكن اطلاع الرجال عليه وغيره و اما « ثالثا » فان التعبير بالمال ثم تيقيده بالمحال التي لايمكن اطلاع الرجال عليها يشبه ان يكون تهافتا فان كثيرا من المحال التي لايمكن الاطلاع عليها لاتعلق لها بالمال اصلا كعيوب النساء الموجبة لفسخ عقدالنكاح واما « رابعا » فليس المدار في صحة شهادة النساء عدم امكان اطلاع الرجال فان جميع موارد قبول شهادتهن كالولادة وعيوب النساء يمكن اطلاع الرجال عليها ولكن يعسر ذلك في الغالب على الرجال لانه لايمكن فتدبره جيدا واغتنم هذا البحث فانه ثمين ومتين نافع .

الفصل الثانى
في
بيان كيفية الشهادة

مادة [١٦٨٧] لا تعتبر الشهادة التى تقع فى خارج مجلس المحكمة

يعنى لا تعتبر فى حكم الحاكم بل لا بد فى حكمه من استناده الى الشهادة التي يسمعها فى مجلس الخصومة امام الخصم والحاكم ، لانها لا تعتبر مطلقا فان الحق ان البينة حجة مطلقة يجوز لكل من قامت عنده ان يعول عليها او يجب ، فمن شهدت عنده البينة ان الدار التي فى يد زيد هي غصب لا يسوغ ان يشتريها منه ولا يجوز ان يدخلها باذنه وهكذا فى سائر الموارد .

مادة (١٦٨٨) يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به الى آخرها .

هذه المادة ايضا من المواد المختلة المبعثرة التي اضاع فهم المقصود منها لسوء بيانها ، وتعقيد لسانها ، وتشويه عبارتها ؛ وهي ايضا من المباحث المهمة ، وما ضابطة ما يصير به الانسان شاهداً وقد ذكر أصحابنا « رض » ان الضابط هو العلم الجازم بالمشهود به فقد قال جل شأنه « ولا تقف ما ليس لك به علم » وقال صلى الله عليه وآله

على مثل هذه اي الشمس فاشهد او دع فان كان المشهود به فعلامن الافعال التي لاندركها حاسة السمع وتدركها حاسة البصر غالبا كالقتل والسرقة والرضاع والولادة ونحوها لم تقبل فيه الا الشهادة المستندة الى الرؤية عيانا وتقبل فيه شهادة الاصم ، وان كان من الامور التي لا يدرك بحاسة البصر غالبا كالنسب والملك المطلق والموت والوقف ونحوها كفى فيه السماع المفيد للعلم من تواتر اوشياع اواستفاضة ويتحقق كل واحد من هذه الاسباب اوالمسببات بتوالي اخبار جماعة لايضمهم قيد التواطي وهي مندرجة فى مراتب العلم من العلم القطعي الى الاطميناني العادي الى الظن المتاخم وقال شيخ الطائفة « قده » لو شهد عندك عدلان فصاعدا صرت متحملا وشاهد اصل لاشاهدا على شهادتهما لان ثمرة الاستفاضة الظن وهو حاصل من شهادتهما وهو يشبه القياس مع وضوح المنع فى المقيس والمقيس عليه فتدبره .

وان كان المشهود به من الاقوال لزم السماع والعيان معا كصدور صيغة البيع من زيد او القبول من عمرو اووقوع صيغة الطلاق او الوقف من شخص معين وهكذا امثالها فلابد فى هذا النوع من اشتراك حاستى السمع والبصر بان يرى زيدا قد اجرى صيغة البيع او النكاح بنفسة او من وكيله فيراه بعينه ويسمع الصيغة منه باذنه نعم لو شهد على الملكية او كون الزوجة مطلقة او الدار وقفا كفى السماع والاستفاضة فتلخص ان المشهود به اما فعلا فالرؤية بالبصر واما نسبة واضافة فالاستفاضة ونحوها بالسمع ، واما قولا فالسمع و البصر

وبما ذكرنا يظهر لك مافي هذه المادة من القلق والاضطراب .

مادة ﴿ ١٦٨٩ ﴾ اذا لم يقل الشاهد اشهد وقال انا اعرف الخصوص الفلاني هكذا او اخبر بذا لا يكون قد ادى الشهادة - الى آخرها . يظهر من هذه المادة ان ارباب المجلة يعتبرون في قبول الشهادة التلفظ بهذه المادة او بما يشتق منها مثل أشهدوا اما شاهد و شهادتي كذا والاقتصار على ذلك وعدم كفاية غيرها من الالفاظ التي تؤدي مؤداها وان كان هو الموافق للاحتياط لورودها في الكتاب والسنة بهذه المادة ومشتقاتها ولكن لزومها على نحو البت والغاء قول الشاهد انا اعلم ان هذه الدار ملك زيد او ان هذا الولد ابن عمرو وعدم اعتداد الحاكم بها مشكل اما فقهاؤنا فلم اعثر على تصريح منهم باعتبار تلك الصيغة الخاصة وان تكثر التعبير بها في كلماتهم ، والحق عدم الانحصار وان كان هو الاحوط والشهادة من الشهود وهو الحضور وحيث ان الحضور يستلزم العيان والرؤية والعيان يستلزم العلم فاطلق الملزوم واريد به اللازم وهو العلم ، ويطلق الشهادة ايضا بهذا الاعتبار ايضا على الحس ومنه عالم الغيب والشهادة ولوفرضنا اعتبار هذه الصيغة الخاصة اعني الشهادة وما يشتق منها فالتفصيل بين الافادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال وغيرها لاوجه له لان تقويم اهل الخبرة والرجوع الى ارباب المهن والحرف في اعمالهم واحوالهم لاوجه لقبوله الا من باب الشهادة فاما ان يعتبر اللفظ الخاص في الجميع واما ان يسقط اعتباره في الجميع وتفصيل (المجلة) لاوجه له .

مادة « ١٦٩٠ » تكفي اشارة الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود عليه والمشهود به اذا كانوا حاضرين - الى آخرها .

يراد بهذه المادة بيان انه يعتبر في الشهادة عدم الاجمال والابهام في شيء من المشهود به والمشهود عليه والمشهود له فان كانت جميعها او بعضها حاضرا في مجلس الشهادة كفت الاشارة اليها وان كانت فلابد من تعيينها بما يرفع الابهام ولاضابطة لهذا بل يختلف باختلاف المقامات فقد يحتاج الى ذكر الاب والجد والقبيلة وقد يكفي ذكر اسم الشخص وحده لمعروفيته وشهرته وكذلك في المشهود به من حيث ذكر الحدود كما في العقار والمنازل ونحوها وكل ذلك منوط الى نظر الحاكم واستيضاحه من الشاهد حتى يحصل له اليقين بموضوع الشهادة التي يتوقف عليها الحكم الحاسم وكل مابعد هذه من مواد هذا الفصل تبتنى على هذا الاصل اعني اصل التعيين ووضوح موضوع الشهادة عند الحاكم بجميع شؤونها نعم مادة (١٦٩٥) اذا ادعى احد على آخر طلبا فان شهدت الشهود بان المدعى عليه مديون للمدعي بما ادعى به يكفي ولكن اذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء وقالت الشهود لاندري ترد شهادتهم .

فيها منع رد شهادتهم بل تقبل شهادتهم ويستصحب بقاء الدين في ذمة المدعى عليه الا أن يثبت سقوطه من ذمته بالاداء او الابراء او نحو ذلك .

الفصل الثالث

في

بيان شروط الشهادة الاساسية

جعل هذه المادة اساسية والتي قبلها المذكورة في [الفصل الثاني] غير اساسية لا يبتني على وجه معقول بل الجميع سواء في الاعتبار فكما لاعبرة بالشهادة التي تقع خارج مجلس المحاكمة المذكورة في اول ذلك الفصل كذلك لاعبرة بالشهادة في حقوق الناس بدون سبق الدعوى المذكورة اول هذا الفصل .

مادة (١٦٩٦) مضافا الى ماأشرنا اليه قبلا من ان هذه شروط الحكم حقيقة لاشروط الشهادة فان البينة حجة مطلقا سواء قامت عند الحاكم او غيره ، فمن قامت عنده البينة ان هذه الدار ملك زيد صح له شراؤها منه ولو لم يحكم الحاكم بذلك وكانت في يد غيره وعليه فليست هي شروط اساسية نعم هي شروط اساسية في الحكم والمخاصمة لامطلقا ، كما ان من العبث المستدرك مافي مادة « ١٦٩٧ » فان من الواضح الضروري ان البينة انما هي حجة في ماهو مشكوك ومجهول الحال لافيما هو معلوم ففي مواضع العلم لاحجية لها اصلا سواء خالفت

العلم او وافقته فضلا عن سقوطها فيما خالف المشاهد المحسوس فما ذكرته المجلة فى هذه المادة من عدم قبول البينه اذا قامت على موت من حياته مشاهدة او خراب دار عمارتها مشاهدة ـ فى غاية السخافه وكذا مادة ﴿ ١٦٩٨ ﴾ لاتقبل البينه التي قامت على خلاف التواتر ضرورة أن التواتر يفيد العلم فلا تعارضه البينه بالضرورة وكل هـذا غني عن البيان فيلزم حذف هذه المواد من المجلة لانهـا من الاصول الموضوعه فتدبرها .

مادة [١٦٩٩] انما جعلت البينه مشروعه لاظهار الحق بناء عليه لاتقبل الشهادة بالنفى الصرف كقولك فلان مافعل هذا الامر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان الى آخرها .

هذه المادة متداعيه البناء من جميع اطرافها ، ساقطـه من كل نواحيها ، فان النفى الصرف اي المحض هو الذي لاتتعلق له اصلا وهذا مما لايعقل الشهادة عليه كالوجود الصرف اي الوجود المطلق (وثانيا) فان الامثلة المزبورة ليس شيء منها مثالا للنفى الصرف بل كلها نفى مقيد وسلب خاص ضرورة انـه نفى فعل خاص عن فاعل خاص ، ومعلوم ان العدم والوجود انما يخرج كل واحد منهما عن كونه محضا وصرفا بتقييده واضافته فالوجود انما يخرج عن الاطلاق والمحوضه باضافته الى زيد وكذلك العدم ، فما معنى جعل تلك الامور وهي اعدام خاصه امثلة للنفى الصرف والعدم المطلق ؟ ﴿ وثالثا ﴾ لامعنى لمقابلة النفي الصرف بالتواتر بل المقابل للنفي الصرف هوالنفي المضاف

اي المقيد ، واي ربط للتواتر هنا ، وهل هذا الا نظير تقسيم الشيء الى الاعم منه والاخص فتدبره .

وكان حق التعبير ان يقال ان النفي الخاص مثل ان فلانا غير مدبون لفلان ولم يستقرض منه في الوقت الفلاني لاني كنت معه في ذلك الوقت فان اثبت ذلك بالبينة اي بشاهدين عدلين انه في الوقت الفلاني لم يستقرض او اثبته بالتواتر حكم الحاكم بانه غير مدبون والا فلا ومن هنا تعرف الاشكال « رابعا » وهو انه لاينحصر اثبات ذلك بالتواتر بل تكفي البينة ايضا فتقبل بينة العدلين كما تقبل بينة التواتر .

مادة (١٧٠٠) يشترط ان لايكون في الشهادة دفع مغرم او جر مغنم الى آخرها .

هذه المادة ايضا مختلة جدا ، بل ان هذا الباب اعني باب قدح التهمة بالشهادة لجر مغنم او دفع مغرم يلزم سده تماما اذ لاموقع له اصلا بعد اعتبار العدالة في الشاهد وكون العدالة هي تقوى الله عزشأنه التي تمنع صاحبها من ارتكاب الكبيرة واي كبيرة اعظم من شهادة الزور فان كان الشاهد عادلا لم يشهد بالباطل ولو كان له الف مغنم او دفع الف مغرم والا فلا تقبل شهادته لعدم عدالته لا لقضية التهمة نعم ذكر اصحابنا اشتراط عدم التهمة في الشاهد ولكنهم لم يتوسعوا فيه بهذه التوسعة التي ذكرتها « المجلة » .

وهذه ايضا من المسائل التي لم يحسن تحريرها لافقهاؤنا ولافقهاء

الجمهور فبقيت مقنعة بقناع الابهام والتخليط ومنشأ الوهم عندنا انه ورد عدة اخبار عن اهل البيت سلام الله عليهم ان المتهم والظنين لاتقبل شهادته مثل خبر ابن سنان قلت لابي عبد الله اى الصادق عليه السلام مايرد من الشهود قال الظنين والمتهم قلت فالفاسق والخائن قال كل هذا يدخل فى الظنين ، وبهذا البيان عدة اخبار فجعلوا ارتفاع التهمة شرطا مستقلا غير العدالة مع ان المتدبر فى تلك الاخبار يجدها صريحة فى ان المتهم هو الفاسق او اعم منه وخلاصة ماتستفاد منها ان الظنين ترد شهادته والمراد بالظنين هو الذي يظن به السوء اما لظهور فسقه وخيانته او لانه غير محرز العدالة وهو مجهول الحال ولا يظن الخير فيه فليس المقصود منه الا بيان شرطية العدالة لاشرط آخر فى قبالها فكان اللازم حسب متانة التحرير وحسن البيان ان يقال : ان العدالة شرط قبول الشاهد فلا تقبل شهادة الفاسق وهو مرتكب الكبائر المعروفة ولا الخائن ولا مجهول الحال المتهم بجر مغنم او دفع مغرم بشهادته ، وهذا هو مفاد تلك الطائفة من الاخبار ، اما عدم قبول شهادة الشريك لشريكه فانها ان كانت فى المال المشترك العائد له ولشريكه فعدم قبولها لانها من قبيل شهادة الانسان لنفسه وهي باطلة قطعا والتبعيض غير صحيح او غير ممكن وان كان فى مال آخر يختص بالشريك فهي مقبولة مع استجماع الشرائط من عدالة وغيرها ويلحق به شهادة الوكيل لموكله لان الوكيل كالاصيل ، ومثله الوصي على مال الموصية او القيم على مال لليتيم وانما ترد شهادة هؤلاء بناء على انهم

فرع بمنزلة الاصل وان كان فيه للمناقشة مجال خصوصا فى الوصي والقيم ومنه ايضا شهادة احد العاقلة بجرح شهود الجناية فانه يدفع عن نفسه ضررا فهو من قبيل شهادة المرء لنفسه وشهود بعض القافلة على قاطع الطريق عليهم او اللصوص الناهبين لاموالهم الا اذا كان ممن لم يؤخذ منه شيء فهؤلاء لاتقبل شهادتهم وان كانوا عدولا لاتحاد الشاهد والمشهود له ولو بالضميمة ،،، اما النسب فغير قادح اصلا فى الشهادة بعد احراز العدالة وكذلك السبب فتقبل شهادة الزوج لزوجته وعليها كالعكس كما تقبل شهادة الارحام بعضهم لبعض مطلقا حتى الاب على ولده وله اما شهادة الولد على ابيه فقد اختلف فيها اصحابنا فطائفة ذهبت الى القبول على العموم واخرى الى عدمه لاخبار خاصة تدل على ذلك ، فى بعض الاخبار لاتقبل شهادة الولد على والده و لعل اكثر اصحابنا على هذا، ولكن ذلك الخبر معارض مضافا الى العمومات باخبار اقوى منه سندا واكثر عددا، ففى خبر داود بن الحصين انه سمع الصادق سلام الله عليه يقول : اقيموا الشهادة على الوالدين والولد ولا تقيموها على الاخ فى الدين بالضر قلت وما الضر قال اذا تعدى صاحب الحق خلاف ماامر الله ورسوله ومثل ذلك ان يكون لرجل على آخر دين وهو معسر وقد امر الله بانظاره حتى ييسر قال فنظرة الى ميسرة ويسألك ان تقيم الشهادة وانت تعرفه بالعسر فلا يحل لك ان تقيم الشهادة ، ومثله خبر ابن سويد اقم الشهادة ولو على نفسك او الوالدين والاقربين فان خفت على اخيك ضيما فلا، وفوق

هذا كله قوله تعالى : كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين ، ومناقشات صاحب الجواهر « ره » في هذه الوجوه ضعيفة ليست بشيء ، نعم ان كان شيء يتأيد به خبر عدم القبول - فهو الوجه الاعتباري وهو ان شهادة الولد على ابيه توجب حزازة في نفس الاب وقد تنجر الى النفرة الموجبة لانحلال النظام العائلي وحدوث الفتن والمفاسد وكل ذلك مما يعلم حرص الشارع الحكيم على عدم وقوعه ، ومن المعلوم ان الشهادة انما يجب اداؤها حيث لا يستلزم ضرراً على الشاهد وحيث ان الغالب في شهادة الولد على ابيه هو ترتب شيء من الاضرار والمفاسد ولا سيما مع حاجة الولد لابيه في الغالب فلعل الشارع منع تلك الشهادة درءً لتلك المفاسد ويكون كتخصيص عقلي وشرعي لعموم الآية والروايات فتدبره جيدا ولا تتسرع الى المناقشة فيه قبل تدبره ، ومما ذكرنا ظهر لك ان جميع الانواع التي ذكرتها المجلة في هذه المادة وحكمت بعدم قبول شهادتهم - هم مقبولو الشهادة عندنا مع عدالتهم حتى شهادة الصديق لصديقه مهما بلغت الصداقة بينهما لا كما في مادة (١٧٠١) من عدم قبولها اذا وصلت صداقتهما الى مرتبة تصرف احدهما في مال الآخر ،،،

نعم لا تقبل الشهادة كما عرفت حيث تكون من قبيل شهادة الانسان لنفسه او الفرع لاصله الموجب لاتحاد الشاهد والمشهود له حقيقة او حكما ويكون شاهداً ومدعيا كما في مادة « ١٧٠٣ »

و مادة « ١٧٠٤ » ،،،

اما ـ ماذ كره في هذه المادة من عدم صحة شهادة الحاكم المنفصل عن بلدة على الحكم الصادر منه قبل العزل واما اذا شهد بعد العزل على اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته ـ

فلعل وجهه ان الشهادة في الصورة الاولى شهادة لنفسه او اقرار منه وفي الصورة الثانية شهادة على فعل الغير واقراره فيقبل وانت خبير بان اعتراف الحاكم بحكمه لاتنطبق عليه اوصاف الشهادة وشروطها ولاصفات الاقرار وانما هو اخبار صرف عن امر وقع منه فلاخصومة حتى يكون شهادة ولا يلزمه بذلك حق حتى يكون اقراراً فتدبره .

بقي في المقام شيء وهو قضية العداوة المذكورة في مادة (١٧٠٢) يشترط ان لايكون بين الشاهد والمشهود علية عداوة دنيوية وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف ،،، وذكرها ايضا جماعة من اصحابنا في جملة شروط الشاهد وذكروا ان العداوة الدينية لاتقدح فالمسلم تقبل شهادته على غيره وغيره لاتقبل شهادته لان الاسلام شرط عام في الشاهد . اما العداوة الدنيوية فذكروا في ضابطتها ـ ان يعلم من حال احدهما سروره بمساءة الآخر ومساءته بسروره اويكون قدوقع بينهما تقاذف ، وغير خفي ان سرور الرجل بمساءة الآخر وبالعكس دليل على البغضاء والشحناء الكاشف عن الحقد والحسد بينهما وهو من اكبر الكبائر واعظم المحرمات التي تطاردها الشريعة الاسلامية بكل حول وقوة فاين تكون العدالة حينئذ ؟ اما ـ تقييد بعضهم بانها حيث

لاتة في العدالة فهو افتراض محض لاحقيقة له في التحصل والخارج وعلى كل فالركن الاعظم والشرط الاهم في الشاهد هو العدالة المذكورة في مادة «١٧٠٥» يشترط في الشاهد ان يكون عادلا الى آخرها وكان حق هذا الشرط تقديمه على سائر الشروط ولكن المهم في المقام تعريف العدالة فقد اختلف في حقيقتها والتعريف عنها فقهاؤنا اشد الاختلاف والفوا فيها بالخصوص رسائل مستقلة فبين قائل انها ملكة نفسانية تمنع من ارتكاب الكبائر والاصرار على الصغائر، وهذا هو تعريفها المعروف وينكشف ذلك بطول المعاشرة والمزاولة معه فيستدل عليها باثارها كما يستدل على سائر الملكيات النفسانية من الشجاعة والكرم واضدادها بآثارها، ولما كان الوقوف على ذلك من اشق الامور واصعبها عدل عنه آخرون وعرفوها بحسن الظاهر يعني ان لاتجده قدارتكب المعصية في وقت اي يكون متسترا ظاهر الصلاح سواء كانت عنده تلك الملكة النفسانية ام لا ، اما (المجلة) فقد جاءتنا بتعريف غريب لايتحصل الا للباري جل شأنه وملائكته المقربين وهو ان تكون حسناته غالبة على سيئاته ولا يخفى ان هذا لاينكشف تماما الا يوم القيامة يوم تنصب الموازين وتنشر الدواوين ويقوم الناس للحساب بين يدي رب العالمين ،،،

والا فاي شخص يستطيع ان يحصي اعمال الآخر ويميز بين حسناته وسيئاته ويزنها وزنا صحيحا فيعرف انها متساوية او احداها تزيد على الاخرى ، « هذا اولا » و « ثانياً » ان التفريع المذكور

فى المجلة لا ينطبق على هذا التعريف حيث قالت : بناء عليه لا تقبل شهادة من اعتاد حالا وحركة تخل بالناموس والمروة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب ،،،

وبهذه الامثلة قد خرجت القضية عن مسألة الحسنات والسيئات وصار الناس كلهم عدولا الا افرادا معدودة وهم الرقاصون والمضحكون والمعروفون بالكذب فاين الحسنات والسيئات اذاً وربما ارادوا بهذا جعل الضابطة حسن الظاهر فقصرت عبارتهم او عربيتهم عن ذلك ، ويظهر الفرق فى مجهول الحال فانه عادل بمقتضى التفريع وليس بعادل على حسن الظاهر ، وهنا يجيء حديث الواسطة وهل هما ضدان وجوديان او نقيضان يتقابلان بالسلب والايجاب والاول ارجح او اصح ، وخلاصة التحقيق عندنا ان فقهاء الفريقين رضوان الله عليهم لو تركوا الخوض فى هذه المواضيع الى العرف فهو اعرف بها واوصل اليها من تعاريفهم الفنية وصناعاتهم العلمية التى تمهد الطريق الى معرفة هذه الموضوعات الا ترى ان العرف فى كل بلد اعني اهالي كل بلدة يعرفون اهل الصلاح فيهم و التقوى كما يعرفون الفسقة الفجرة المتجاهرين بالمعاصي نعم يبقى فى البين مجهولو الحال فيلزم الحاكم البحث عن حالهم بشهود التزكية والتعريف حتى يحصل له الاطمينان بانه رجل صادق اللهجة لا يتعمد ارتكاب المعصية ولا يتهاون بحرمات الله عز شأنه وعلى كل فان بعض الفقهاء فى باب العدالة قد ضيقوا واسعا فى كثير من الاحاديث النبوية والاخبار

ائمتنا صلوات الله عليهم جميعا مامعناه او لفظه تقريبا : من حدثكم فلم يكذبكم ووعدكم فلم يخلفكم وعاملكم فلم يظلمكم وائتمنتموه فلم يخنكم فقد ظهرت مروته وحرمت غيبته ووجبت عدالته ، وفي هذا القدر من البحث في العدالة كفاية نسأله تعالى ان يجعلنا وحكامنا من اهل العدل والعدالة فان عدالة الحكام والوكلاء اهم من عدالة الشهود ، وهي اليوم فيهم او في العموم على اوسع معا نيها اعز من الاكسير ، ولايحصل القليل منها في الكثير ، ولا حول ولاقوة الا بالله

الفصل الرابع
في
﴿ موافقة الشهادة للدعوى ﴾

مادة (١٧٠٦) تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى والا فلا ،،

هذا مما لاريب فيه ، ولكن ربما يأتي المناقشة في بعض الامثلة المذكورة هنا كالمثال الاخير فان المدبون اذا ادعى انه قد ادى الدين وشهد الشهود ان الدائن قد ابرأه فقد اختلفت الشهادة عن الدعوى ضرورة ان الاداء غير الابراء (وبالجملة) اللازم مطابقة الشهادة للدعوى تماما نعم لايضر اختلاف التعبير مع وحدة المفاد ووضوح الحال كما

لو ادعى ان الدار لي وشهد الشهود انها ملكه او ادعى ان هذه دابتى اغتصبها فلان وشهد الشهود انه اخذها منه قهرا وهكذا ، اما لو اختلف الموضوع فى الشهادة والدعوى ولو بالعموم والخصوص والقلة والكثرة ففى قبولها مجال للتأمل ، ومنه يظهر وجه الاشكال في مادة (١٧٠٧) فان الاختلاف بالسنة والسنتين والالف والخمسمائة ليس اختلافا في التعبير فقط بل اختلاف في الموضوع فتدبره .

ولعل هذا الاختلاف لا يقدح في بعض ظروف الدعوى وتشخيص ذلك منوط بنظر الحاكم الذكي وعلى هذا الاساس يبتنى مافي مادة [١٧٠٨] من كون الدعوى اقل مما شهدت به الشهود فان تشخيص المقبول من المردود وامكان التوفيق وعدمه كله منوط الى لباقة الحاكم ولوذعيته او بخلاص المدعي اووكيله من ورطة الاختلاف ومثله الكلام في اختلاف الشهادة والدعوى بالاطلاق والتقييد المذكور في مادة « ١٧٠٩ » من دعوى المدعي الملك المطلق وشهادة الشهود بالملك المقيد ولا يجب على الحاكم السؤال عن السبب ولو سأل فاختلف وقال ملكته بسبب آخر غير ماذكرته الشهود امكن الصحة في مقام كما يمكن الرد في آخر وهو ايضا موكول الى بعد نظر الحاكم ودقته ولذا كان القضاء من اصعب الاشياء ﴿ والقاضي على شفا ﴾ .

ومما ذكرنا يظهر ايضا وضوح المناقشة في مادة ﴿ ١٧١٠ ﴾ التى خلاصتها ان المدعي اذا ادعى الملك المقيد وشهدت الشهود بالمطلق تقبل شهادتهم ، ولكن لو صرح البائع بقوله اشتريته من فلان وشهد

الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم ، فان الاصح القبول و ما ذكروه من التعليل لعدم القبول عليل الى الغاية ضرورة ان مصب الدعوى تختلف فتارة يكون الموضوع بملك البستان وعدمه من غير نظر الى قضية المنافع والزوائد اصلا ، فهذا لا يضر فيه قضية تقدم التاريخ وعدمه او الاطلاق والتقييد من هذه الجهة نعم لو كان مصب الدعوى هو النماء اى نماء السنة السابقة او السنتين فالمشتري يدعي تقدم البيع ليكون نماء تلك السنة له والبايع يدعي تأخره كي يكون له وهنا لو اختلفت الشهادة عن الدعوى بالاطلاق والتقييد لم تقبل ولم تنفع فتدبره جيدا ، نعم ما في مادة « ١٧١١ » من الاختلاف في السبب قادح قطعا لاختلاف الموضوع بين الشهادة والدعوى بالتباين .

الفصل الخامس
في
﴿ بيان اختلاف الشهود ﴾

كما يلزم اتفاق الشهادة ومطابقتها للدعوى كذلك يلزم اتفاق شهادة الشهود في انفسهم بالنسبة الى شهادتهم فلو اختلفوا فشهد احدهم بالف من الذهب والآخر بالف من الفضة لم تقبل كما في مادة

(١٧١٣) او اختلفا في نوع المشهود به او مقداره او وصف من اوصافه المحسوسة كاللون لم تقبل ايضا كما في مادة « ١٧١٤ » ومادة « ١٧١٥ » المتضمنتين اختلافهما في اللون او المقدار ، اما مادة « ١٧١٣ » المطولة فليس لها حقيقة محصلة ، فان الفعل والقول سواء في امكان ان يكررا ، و كما لامعنى لتكرير الفعل كاداء الدين الواحد والغصب ونحوه فكذلك لامعنى لتكرير بيع الشيء الواحد مرة في الدار واخرى في الحانوت ، فالاصح ان كل هذه الاختلافات سواء في الفعل اوالقول قادحة في الشهادة ولا يتم النصاب بالشاهدين المختلفين في خصوصيات الشهادة الا مايعود الى اختلاف التعبير او الاطلاق والتقييد كما لوشهد انه باع وشهد الآخر انه باع في الحانوت اما الخصوصيات المتباينة فلا تقبل معها الشهادة مطلقا الا اذا حصل للحاكم اليقين بالوحدة من بعض قرائن الاحوال التي لا تنضبط بضابطة و ليس لها قاعدة عامة .

الفصل السادس

في

﴿ تزكية الشهود ﴾

مادة « ١٧١٦ » اذا شهدت الشهود وسأل الحاكم المشهود عليه بقوله ماتقول فى شهادة هذين أهما صادقان ام لا ـ الى آخرها .

تحرير هذا البحث كما يحق له ويستوفي عامة نواحيه . ان البينة اذا شهدت عند الحاكم فاما ان يكون عالما بعدالتهما او عالما بفسقهما او مجهولي الحال عنده فان كان عالما عمل بمقتضى علمه قبولا او ردا ولا حاجة الى السؤال والمراجعة لانه مكلف بالعمل بعلمه نعم لو كان مستند علمه الاستصحاب فللمدعي او المدعى عليه ان يراجع الحاكم في اثبات تبدل الحال السابق من فسق الى عدالة او من عدالة الى فسق فيطلب الحاكم البينة على ذلك وان كان جاهلا بحالهما سأل من المدعى عليه فان اعترف بصدقهما فهو اقرار بتعبير آخر وان اعترف بعدالتهما فقط فهو ايضا كالاعتراف اما لو اعترف بعدالتهما وادعى انهما اخطئا او نسيا فان اثبت ذلك ابطلها الحاكم والا امضاها ، وان قال هما شاهدا زور طلب من المدعي تزكيتهما فان زكاهما كان على

الحاكم ان يعرف المدعى عليه ان له حق الجرح فان جاء ببينة على الجرح تقدمت على بينة التعديل على المشهور لان الجارح يقول اعلم والمعدل يقول لا اعلم وانت خبير بان هذا غير مطرد فان المعدل قد يشهد ايضا بالايجاب ونفي مايقوله الجارح فلوقال الجارح رأيته يشرب الخمرة بالامس في المحل الفلاني والمعدل يقول انه في هذا الوقت كان عندي وفي بيتي ، والحاصل لاطائل في هذا البحث اصلا فانه يختلف باختلاف الخصوصيات الزمانية والمكانية والاشخاص وغير ذلك فارجاعه الى نظر الحاكم ان كان من اهل النظر اصح واصلح ، . ، اما طريقة التزكية فهي كما في مادة « ١٧١٧ » .

تزكى الشهود من الجانب الذي ينسبون اليه يعني ان كانوا من طلبة العلوم يزكون من مدرس المدرسة ومن معتمد اهاليها الى آخرها

لعل الاصل في هذا ماروي في بعض الاخبار من ان النبي صلى الله عليه وآله كان اذا شهد عنده شاهد يرسل شخصين لايعلم احدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فان جاءآ بمدح وثناء حكم وان جاءآ بشين ستر عليهما ودعا الخصمين الى الصلح وان لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عن الشاهدين فان زكاهما حكم والاطرحهما ،،

ومن المعلوم ان سؤال القبيلة ومدرس المدرسة ومعتبري التجار ونحو ذلك انما هو من جهة انه هو الطريق المتعارف ولانهم هم المطلعون على حاله في الغالب لا ان طريق التزكية منحصر فيه كيف وقد يتفق بل كثيرآ مايتفق ان يكون للشاهد اصدقاء مختصون به لازموه في

سفر او حضر فاطلعوا على دخيلة امره ، وخفي سره ، بما لم يطلع عليه مدرسه ولا قبيلته ، وبالجملة فهذا امر موكول الى المدعي وهو الملزوم باثبات تزكيته باي نحو كان ، واللازم عندنا تزكيته مطلقا سواء كانت في السر او العلن نعم تزكية السر اولى صيانة عن هتك الذمة واوقع في براءة المزكى من المراعاة لحالة الخجل والحياء فاللازم الاكتفاء اما تطلبهما معا فهو لمزيد الاحتياط والتوثق ولو كانت لازمة فهي موكولة الى نظر الحاكم فله او عليه ان يتحرى احد الطرق الموصلة الى حصول الثقة بهما سواء كان بالنحو المذكور في مادة « ١٧١٨ » من الورقة المستورة اوغيرها وكلما ذكر في هذه المادة وما بعدها ليس فيه امر محتم لازم ولا شيء منصوص عليه وانما هي امور غالبة وطرق متعارفة فقد يرى الحاكم او المدعي في اثبات التزكية او المدعى عليه في اثبات الجرح طريقا غير هذه الاوضاع المحررة في هذه المواد فلا داعي لاطالة البحث فيها ، نعم مافي مادة « ١٧٢٤ » لا يشتغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده الى آخرها .

ومحصلها ان الحاكم اذا ثبت عنده عدالة شاهدين ثم شهدا عنده بامر مخصوص غير ذلك المورد فلا حاجة الى تزكية ثانية الى ستة اشهر ويحتاج اليها بعد المدة المزبورة ، ولكنك خبير بانه لا حاجة الى التزكية الجديدة عنده مطلقا لمكان الاستصحاب نعم للمدعى عليه حق الجرح واثبات عروض الفسق اذا ادعاه وهذا امر آخر غير

قضية التزكية ، نعم لو رفعت خصومة الى حاكم آخر وشهد احـدهم عنده وهو لا يعرفه احتاج الى تعديله ، وكل هذا واضح كوضوح مادة (١٧٢٤) اذا طعن المشهود عليه قبل التزكية او بعدها الى آخرها .

مادة « ١٧٢٥ » اذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعض لم يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود لانه يرجح طرف الجرح .

مرت الاشارة الى ان المشهور ان الجرح مقدم على التعديل لان التزكية ترجع الى اني لا ادري والجرح يرجع الى انه يدري ومن يعلم حجة على من لا يعلم وقد عرفت المناقشة فيه وانه على اطلاقه غير مسلم.

مادة «١٧٢٦» اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم .

لعل وجهه استصحاب وجوب العمل بشهادتهما وهو في صورة موتهما لا يخلو من نظر والاطلاقات منصرفة عن الاموات ، ولكن اصحابنا ارسلوا هذا الحكم ارسال المسلمات ففي (الشرايع) مانصه : لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا حكم بهما وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت وكذا قال رحمه الله فيما لو شهدا عادلين ثم فسقا قبل الحكم فان العبرة بعدالتهما حال الشهادة لا حال الحكم .

تذنيب

في

﴿ تحليف الشهود ﴾

مادة « ١٧٢٧ » اذا الح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بانهم لم يكونوا كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم ان يحلف الشهود وله ان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا .

هذا الحكم استحساني جزافي والشاهد لا يمين عليه اصلا فانه اما ان يكون عادلا فعدالته كافية في حصانته ومناعته عن تطرق الكذب ، واما ان يكون فاسقا والفاسق كما لا يتحرج عن الكذب لا يتحرج عن اليمين الكاذبة واما ان يكون مجهول الحال فهو غير مقبول الشهادة اصلا ، فاين موضع فائدة اليمين ؟ فليتدبر .

الفصل السابع
في
﴿ رجوع الشهود عن الشهادة ﴾

تحرير هذا البحث ان الرجوع عن الشهادة اما قبل الحكم او بعده قبل الاجراء او بعده وبعد الاجراء والتنفيذ ، ثم الحكم في صورة الرجوع اما ان يكون متعلقا بمال او نكاح و طلاق او حد او دية او قصاص في نفس او طرف ، فان كان الرجوع قبل الحكم سقطت الشهادة ولا سبيل للحكم لان الشهادة قتلت نفسها ولا يدري اصدقوا في الاولى او الثانية ، وهو المصرح به في مادة (١٧٢٨) الى قوله ويعزرون والتعزير هنا غير معلوم الوجوب نعم لو كان فيها قذف كشهود الجرح اقيم عليهم الحد ، وان كان الرجوع بعد الحكم قبل الاجراء ، وكان المتعلق مالا او نكاحا وطلاقا نفذ الحكم وغرما المال وان كان قصاصا او حدا سقط لان الحدود تدرأ بالشبهات والرجوع يوجب الشبهة قطعا ، و يعزر الشاهد او يحد طبعا ، والى بعض هذه النواحي اشارت ﴿ المجلة ﴾

مادة «١٧٢٩» والتي احالت عليها وهي مادة (٨٠) فقد اشارت الى

عدم نقض الحكم وهذا انما هو في المال فقط اجماعا و في الطلاق والنكاح على الاشهر ، اما في الحدود والقصاص فلا نفوذ اجماعا ايضا اما لو كان الرجوع بعد الحكم والاجراء فان كان المحكوم به مالا فالغرامة بلا اشكال عينا او دينا ، وان كان نكاحا اوطلاقا نفذ فلو شهدا ان زيدا طلق زوجته وحكم الحاكم وتزوجت نفذ فان كان بعد دخول الاول بها فلا غرامة لان المهر قد استقر بالدخول وان كان قبل الدخول غرم الاول نصف المهر الذي دفعه للزوجة ، و قيل بل يبطل الثاني وتعود الى الاول ويغرم الشاهدان برجوعهما ما دفعه الثاني من مهر وغيره وهو قوي ، وان كان قصاصا او حدا و رجعا بعد استيفائه فان قالا تعمدنا اقتص منهما ان رجعا معا و يرد الفاضل كما لو اشتركا فى قتله وان كان الراجع واحدا اقتص منه و يرد الفاضل الى اوليائه وان قالا اخطأنا يؤخذ منهما الدية ومن احدهما النصف ولو كانوا ثلاثة فمن كل واحد الثلث وهكذا لو شهدوا بالزنا و رجم المحكوم ثم رجعوا فان كان عمدا تخير بين قتلهم ورد فاضل الدية وان كانوا فالدية وان اختلفوا فى الاقرار بالعمد والخطأ جرى على كل حكمه ،،، ومما ذكرنا يظهر لك ان الاصح فيما لو زاد الشهود على النصاب اشتراكهم فى الغرامة او رجعوا او رجع احدهم خلافا للمادة (١٧٣٠) اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور ايضا فان كان باقيهم بالغين نصاب الشهادة الى آخرها ،،، فان الحكم فعلا قد استند اليهم اجمع وان كان الحق يثبت بما دونهم .

الفصل الثامن
فى
﴿ التواتر ﴾

مادة « ١٧٣٢ » لااعتبار لكثرة الشهود يعني لايلزم ترجيح شهود الطرفين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف الآخر الا ان تكون كثرتهم بلغت درجة التواتر ، التواتر الذي هو عبارة عن اخبار جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب عادة مفيد للعلم بالضرورة وبعد العلم لاموضع للشهادة مهما كثر الشهود كما فى مادة (١٧٣٣) اذ الظن لايزاحم العلم بل لايعقل حصول الظن بما يخالف العلم بل الظن الشخصي لايعقل مزاحمته لظن آخر بخلافه نعم الظنيان يتعارضان كما فى تعارض البينتين ونحوه وقد يكون من بعض المرجحات الترجيح بالكثرة كما لعله يأتي قريبا انشاء الله . وباقي مواد هذا الفصل اتضحت مما ذكرنا .

الباب الثانى

في

﴿ الحجج الخطية و القرينة القاطعة وفيه فصلان ﴾

الفصل الاول

فى

﴿ الحجة الخطية ﴾

ملاك هذا الفصل حصول العلم واليقين فان حصل القطع من الخط او من دفاتر الحكومة لزم العمل بها والا فلا . ومنه يعلم حكم –

الفصل الثانى

﴿ القرينة القاطعة ﴾

فان القرينة اذا افادت العلم واليقين فهو الحجة والا فلا اثر لها وخروج شخص من الدار مدهوشا وبيده سكين ملوثة بالدم ووجد

في الدار شخص مذبوح في الوقت كل ذلك لا يفيد اليقين بانه القاتل وانما هو الظن والعلم البدوى لا المستقر والا فكثيرا ماتأتي الصدف بالغرائب والعجايب وعلى كل حال فما ذكره من المثال لايجوز فيه المبادرة الى الحكم بكونه قاتلا كما يظهر من « المجلة » ولا اهماله واهماله فيطل دم المسلم بل يلزم توقيفه مع مزيد التحري والتحقيق حتى تنجلي الحقيقة وليس هذا من العبرة بالوهم كما في مادة « ٧٤ » بل الاخذ بالورع والاحتياط في قضية الدماء فليتدبر .

الباب الثالث
في
﴿ بيان التحليف ﴾

مادة « ١٧٤٢ » احد اسباب الحكم اليمين او النكول عنه الى آخرها .

سند هذا النبوي المشهور انما اقضي بينكم بالبينات والايمان واحاديث اخرى قريبة منه مما يدل على ان فصل الخصومات اما بالبينة من المدعي او اليمين من المنكر اما قول المجلة هنا : ولكن اذا ادعى احد على آخر بقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه

فلا ربط له بالمقام ضرورة ان اصل الدعوى هنا غير مسموعة لانها لاتلزم حقا المدعي على المدعى عليه وقد سبق ان هذا اهم الشروط في سماع الدعوى ومن هنا يتضح عدم صحة ماذكروه في المثال الثاني وهو ما اذا ادعى شخصان مالا في يد آخر بان كلاً منهما قد اشتراه واقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين ، فان عدم توجه اليمين هنا ممنوع وليست هي الا كدعوى شخص على آخر انه قد اشترى ماله الذي بيده وانكره صاحب اليد وليس للمدعي بينة أفلا يلزمه اليمين ؟ وهكذا لوادعى اثنان واعترف لواحد وانكر الآخر فان لمن انكره ان يطالبه ضرورة انه يدعيه بحق لازم وهو تملك العين المخصوصة فاللازم ان يدفعه بحجة شرعية وليس الا اليمين وكذا الاستيجار والارتهان وامثالها .

مادة « ١٧٤٣ » اذاقصد تحليف احد الخصمين يحلف بالله تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة، لعل من المتفق عليه في جميع مذاهب المسلمين ان اليمين بغير الله عز شأنه لااثر له فلا تنحسم به خصومة ولا تجب فيه كفارة بل هو فوق ذلك محرم ذاتا عند جمع من الفقهاء وهو ظاهر جملة من الاخبار التي تنهى عن الحلف بغير الله بل المنع من الحلف بغيره [اما ان تحلف بالله والا فدع] كما لااشكال في كفاية المرة الواحدة نعم قد يترجح في نظر الحاكم في بعض الخصومات تغليظ اليمين زمانا او مكانا او الفاظا بصيغة مخصوصة فيها تهويل على المنكر

عساه يعترف بالحق تفاديا من تلك اليمين كما ان له تحليف اليهود والنصارى بتوراتهم وانجيلهم ومقدساتهم وكنايسهم ونحو ذلك .

مادة « ١٧٤٥ » تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين .

تقدم في باب الوكالة ان اليمين والنـذر والعهد من الامور التي لا يتحقق فيه الوكالة فلا يصح ان يوكل شخصا يحلف عنه او ينذر نذ راً عليه ، كما ليس للحاكم ان يوكل وكيلا في استماع الدعوى عنه او الحكم عوضا منه نعم له ان يوكل في التحليف وكيلا عنه فيحلف المنكر بحضوره ويبلغ الحاكم بذلك حتى يحكم اذا تمت بقية الموازين ولـكن ليس للحاكم ان يحلف الا بطلب المدعي تحليف خصمه لانه حق له نعم له التحليف بغير طلب في موارد ذكرت (المجلة) انها اربعة .

مادة « ١٧٤٦ » الاول . اليمين المعروفة بيمين الاستظهار وهي الدعوى على الميت بدين اذا اثبته المدعي بشهود و يلزم الحاكم تحليف المدعي الذي اقام البينة انه لم يستوف ذلك الحق بنفسه او بوكيله من الميت ولا ابرأه ولا احاله ولا رهن عليه « الثاني » اذا ظهر لمال مستحق واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد « الثالث » اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم انه لم يرض بالعيب قولا او دلالة بتصرف كتصرف الملاك

« الرابع » تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه ، هذا ماذكرته (المجلة) من الموارد الـتي

يصح او يلزم على الحاكم التحليف من دون طلب احد ولكن لا صحة لشيء منها عند الامامية ولا يلزم اليمين في شيء من هذه الموارد الا اليمين الاستظهار به في الدعوى على الميت بدين او عين للنص الخاص وربما يتسرى الحكم بتنقيح المناط او منصوص العلة الى كل من هو كالميت كالدعوى على الطفل او المجنون او الغايب غيبة منقطعة على تأمل في الشمول ايضا وهل يسري وجوب ضم اليمين الى المدعي على الميت اذا كان هو احد الورثة والى المدعي اذا كان وصيا او قيما على الصغير وهل تجب حتى مع العلم بعدم الوفاء والابراء اوحتى مع شهادة البينة ببقاء الدين الى موته وهل تجب يمين ثانيـة في مورد ثبوت الحق بالشاهد واليمين وهل تقبل الاسقاط ام لا وهل تجب مع اقرار الميت وهل تجب مع دعوى الوصية العهدية او التمليكية بعد اقامة البينة ام لا ،،، كل هذه مسائل معضلة ومباحث مشكلة لم تتعرض المجلة لشيء منها مع اهميتها ، اما المواضع الثلاثة المذكورة في هذه المادة فلا نص ولا قاعدة تقتضي لزوم اليمين فيها ولا سيما في الموضع الثاني الذي اثبت المدعي دعواه فما وجه لزوم اليمين عليه بعد الاثبات ؟ وانما اليمين حسب القاعدة العامة على المنكر لا على المدعي الا ما خرج بالنص ومثله الموضعان فان الرد بالعيب حق للمشتري واذا ادعى البايع رضاه بالعيب فعليه الاثبات وان عجز كان له طلب اليمين لا للحاكم على حد سائر الخصومات وكذلك الشفيع له حق الشفعة فاذا ادعى المشتري انه اسقط حقه لم يقبل منه الا باثبات ذلك فاذا تكونت بينهما

خصومة كان حالها حال سائر الخصومات ولا شيء هنا مخالف للقواعد العامة كما في يمين الاستظهار فتدبرها جيدا .

مادة « ١٧٤٧ » اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه ،،، حق اليمين كما عرفت للمدعى ولكن بشرط ان يطلب من الحاكم تحليف المدعى عليه فلو حلفه مباشرة لم تكن اليمين حاسمة للدعوى الا ان يجري بينهما عقد صلح على ان يسقط المدعي دعواه بيمين المدعى عليه فتسقط الدعوى وتكون اليمين حاسمة قهراً ،،،

ثم أن من احكام اليمين انها لا تجوز الا على المعلوم المتيقن فان كان المحلوف عليه من فعله او تركه امكنه اليمين لانه معلوم له لو كان من فعل غيره فان كان معلوما له جاز الحلف عليه ايضا واذا لم يكن معلوما فلا يسوغ الحلف الا على عدم العلم بذلك الفعل لا على عدمه واقعا، ومما ذكرنا يظهر لك القصور في مادة « ١٧٤٨ » اذا حلف احد على فعله الى آخرها .

مادة (١٧٤٩) اليمين اما بالسبب او بالحاصل ،،،

هذا الاصطلاح والتقسيم لا اثر له ولا فائدة فيه نعم اليمين تارة تتعلق بالسبب مثل الحلف على وقوع عقد البيع او الهبة واخرى تتعلق بالنتيجة كالحلف على ان هذه الدار ملك زيد ولا شك ان هذه أقوى فلو تعارضتا كان نظير تعارض بينة السبب مع بينة النتيجة حيث تقدم الثانية على الاولى قطعا كما يأتي في محله انشاء الله .

مادة « ١٧٥٠ » اذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفي فيها يمين واحدة ولا يلزم التحليف لكل واحدة على حده ،،،

عرفت ان اليمين حق المدعي فاذا تعددت دعاويه او تعدد المدعون على شخص واحد فان رضي او رضوا جميعهم بيمين واحدة فهو والا فلكل واحد ان يلزمه بيمين مستقلة كما له الزام عن كل دعوى بيمين

مادة (١٧٥٢) اذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين - ونكل عنها صراحة الى آخرها ،، النكول يحصل بقوله لا احلف فيقال له : رد اليمين على المدعي فان قال لا ارد او سكت بلا عذر صار ناكلا وصح الحكم عليه .

لاحقـــة

مادة « ١٧٥٣ » اذا قال المدعي ليس لي شاهد ثم اراد ان يأتي بشهود او قال ليس شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شهود اخر لا يقبل قوله.

انما لا يقبل اذا لم يبد وجها معقولا وعذراً مقبولا اما لو أبدى ذلك فاللازم القبول وهو واضح .

الباب الرابع
في
﴿ بيان ترجيح البينات والتحالف ويشتمل على اربعة فصول ﴾

الفصل الاول
في
﴿ بيان التنازع بالايدي ﴾

مادة (١٧٥٤) يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المتنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين ، ، ، ،

اعلم ان هذه المباحث اعني مباحث اختلاف الايدي وتعارض البينات من اهم واعضل مباحث القضاء ، ومواد « المجلة » فيها مع انها ناقصة بتراه غير مستوفية مشوشة غير منقحة ولا موضحة ، وتحرير

هذه المشكلات باسلوب جلي ومستوعب يستدعي «اولا» تمهيد مقدمة وهي ان اليد التي هي امارة على الملكية شرعا وعرفا - عبارة عن السلطنة والاستيلاء على العين الخارجية وتعرف هذه السلطنة والاستيلاء بآثارها وهي تختلف اشد الاختلاف باختلاف الاعيان والاجناس والزمان والمكان والاوضاع فاليد على الدراهم اى السلطنة والاستيلاء يحصل بوضعها في جيبه او كيسه او صندوقه او محفظته وامثالها واليد على الدابة يحصل بركوبه عليها ووضعها فى اصطبله وندوده ، واليد على الدار بسكناه فيها وايجارها وعمارتها ، واليد على العقار بزرعه واستغلال عائده وهكذا كل شيء بحسبه فان علم ذلك حكمنا بملكية صاحب اليد وصح لنا ان نشتري منه ولا يجوز لنا التصرف الا باذنه وان لم يعلم انه هو صاحب اليد كالدابة فى الطريق او الثوب الملقى فان ادعاه شخص ولم يعارضه آخر فهو محكوم بانه له لقاعدة المدعي بلا معارض المستفادة من جملة من الاخبار وان عارضه معارض فسيأتي حكمه فى المقاصد ، اذا تمهدت هذه المقدمة وعرفت معنى حقيقة اليد الدالة على الملكية - فاعلم انه لو تنازع اثنان او اكثر فى عين يدعي كل واحد منهم انها له فلا يخلو من اربع صور «الاولى» ان تكون فى يدهما معا اي ان كل واحد منهما له الاستيلاء وهي تحت سلطنتهما وتصرفهما معا كدار يسكنانها معا او دابة فى اصطبلهما وهكذا والنزاع فى هذه الصورة يتصور على نوعين «الاول» ان يدعي احدهما الاختصاص بها اجمع والثاني ان يعترف له بنصف منها وان له

النصف الثاني فقط ، وهذا من اوضح موارد المدعي والمنكر فان اتى مدعي الكل ببينة حكم له بالكل والا فيحلف الثاني وتكون العين بينهما على المناصفة ﴿ الثاني ﴾ ان يدعي كل منهما الاختصاص بها اجمع وهذا القسم من المشكلات فقد يجعل من باب التداعي فاما ان تقوم البينة لاحدهما فيحكم له بالكل اولا بينة لكل منهما فيتحالفان وتكون العين لهما بالمناصفة اوتكون لكل واحد منهما بينة فيتعارضان ، ثم اما ان يتحالفا وتبقى العين لهما ايضا مناصفة اوتنصف بلا تحالف والاول اصح واحوط ، وقد يجعل من باب المدعي والمنكر فان اقام مدعي الكل البينة حكم له بالعين اجمع والا حلف المعترف على ان النصف له وحكم له به وهذا هو الاقوى ، والضابط الفارق بين باب التداعي وباب المدعي والمنكر ان المتنازع عليه ان كان في يد احدهما فهو المنكر والآخر مدع وان لم يكن فى يد احدهما اولا يد عليه فهو باب التداعي والتحالف وتظهر الثمرة فى عدم لزوم حلف مدعي الكل وتقديم بينته مع التعارض على القول بتقديم بينة الخارج ﴿ الصورة الثانية ﴾ ان تكون فى يد احدهما فقط والآخر يدعي الكل اوالنصف وهذا ايضا باب المدعي والمنكر وحكمه واضح ﴿ الثالثة ﴾ ان لا يكون لاحدهما يد عليها بل هى فى يد ثالث ولا يخلو اما ان يقر بان العين لهما او مختصة باحدهما المعين او غير المعين او يقر بها لشخص ثالث او يقول لاادري ، وفى الاولى ان كان كل منهما يدعي الاختصاص وكانت لاحدهما بينة حكم له بالكل وان لم يكن بينة او كانت

لكل منهما فهو من باب التـداعي اما على الكل او على النصف ان كان احدهما يدعيه فقط وحينئذ فللمدعي الكل تحليف صاحب اليدثم يتحالفان وتكون العين لهما معا بالمناصفة كما لو كانت في يدهما معا .

﴿ وفي الثانية ﴾ يصير المقر له هو صاحب اليدوتجرى بينهو بين الآخر احكام المدعي والمنكر ومع عدم البينة له تحليفهما معا كما لو اقر بها لشخص ثالث فيصير هو صاحب اليد وهما مدعيان عليه ،،،

اما لو اقر لواحد منهما غير معين او قال لا ادري فلهما تحليفه على عدم العلم فان بينة منفردة حكم منفردة والا تحالفا وتكون لهما بالمناصفة وهذا هو المورد الذي لاتثبت اليد فيـه الا بالبينة اعني المورد الذي لاتعلم اليد فيه لاحدهما ولا يعترف بها صاحب اليـد لواحـد منهما او لكليهما فيحتاج الحكم باليد الى البينة او اعتراف الخصم له بذلك من غير فرق بين العقار وغيره بل هو مطرد في جميع الخصومات على جميع الاعيان ولا يظهر وجه معقول للفرق بين تصادق الخصمين فلا يقبل ولا يصير الآخر صاحب اليد باعتراف خصمه له وبين مالو قال له اشتريته منك او غصبته مني ضرورةعدم الفرق بين الاعتراف بانه صاحب اليد رأسا او باللازم كما في المثالين فتدبره ﴿ الصورة الرابعة ﴾ ان لاتكون لاحدهما يد عليها ولا لغيرهما كالشاة في الفلاة والثرب في الطريق وهذا ايضا من اوضح امثلة باب التداعي فالبينة ان اختصت باحدهما فهي له والا فالتحالف والتنصيف، ومما ذكرنا ظهر تمام مافي مادة (١٧٥٥) - مع القصور

عدم استيفاء جميع الصور فتدبرها .

الفصل الثاني
في
﴿ ترجيح البينات ﴾

هذا هو المبحث الثاني من مهمات مباحث القضاء و تجري فيه الصور الاربع المتقدمة في المبحث السابق ومن المعلوم اختلاف اللحاظين في المبحثين فان الملحوظ هناك اثبات صاحب اليد با لبينة والملحوظ هنا اثبات الملكية بها فالبحث هناك عن اثبات الطريق وههنا عن اثبات غاية الطريق وليس ثبوت اليد حاسما للدعوى بل لابد من اثبات كونها يد ملاك لايد عدوان (و بالجملة) فالبحث عن الامارة غير البحث عن ذي الامارة ، وحيث ان قضية تعارض البينات من مشكلات القضاء واهم مباحثه فلا بد من تمهيد مقدمة ايضا تشتمل على امرين مهمين .

﴿ الأول ﴾ ان اصحابنا اختلفوا في ان الاصل والقاعدة في الحجتين المتعارضتين هل هو التساقط والرجوع الى الاصول في موردهما او الى حجة اخرى في موردهما ان كانت ؟ ، ام القاعدة

تقتضي عدم السقوط عن الحجية الا بالمقدار الذي لا يمكن العمل بهما
فاللازم بعد تعذر العمل بهما بتمام مؤداهما اما التبعيض او التخيير
لانه عمل بهما في الجملة بقدر الامكان – وجهان بل قولان – و لعل
التساقط بعد التكافؤ وعدم المرجح من جميع الوجوه هو الا وجه
لانصراف ادلة الحجية عن المتصادمين « اولا » ولزوم التهافت
للتمانع بينهما ثانيا والتبعيض والتخيير يحتاج الى دليل غير دليل نفس
الحجية كما ورد في الخبرين المتعارضين بعد تكافؤهما من جميع الوجوه
الامر بالتخيير في المعتبرة المستفيضة القائلة : اذاً فتخير . اما مع
وجود المرجحات فلا اشكال في حجية الراجح وسقوط المرجوح فان
حجية البينة كحجية خبر العدل ليس من باب الموضوعية والسببية بل
من باب الطريقية فالراجح اقرب الى الواقع فيتعين « الثاني » هل
وظيفة المنكر خصوص اليمين كما ان وظيفة المدعي ابتداء هي البينة
يعني لو طلب المنكر تقديم بينة تفاديا من اليمين هل يقبل منه ام
لا يقبل منه الا اليمين – وجهان بل قولان من ان ظاهر ادلة « البينة
على المدعي . واليمين على من انكر » هو انحصار وظيفته باليمين
فكما ان المدعي لا يقبل منه الا البينة فكذلك المنكر لا يقبل منه الا اليمين
والتفصيل قاطع للشركة مضافا الى جملة من الاخبار صريحة بذلك
كخبر منصور : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها فاقام البينة انها
ولدت عنده ولم يهب ولم يبع وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول
انها ولدت عنده لم يهب و لم يبع فقال عليه السلام حقها للمدعي و لا

اقبل من الذي فى يده بينة لان الله تعالى امر ان يطلب البينة من المدعي فان كانت له بينة والا فيمن الذي هو في يده هكذا امر الله عز وجل ،، وقريب منه الرضوي وغيره ،،، ومن ان المنكر لما كان هو صاحب اليد غالبا وقوله موافق للاصل ايضا اكتفي منه باليمين تسهيلا ورخصة لاعزيمة بخلاف المدعي ولذا تعينت عليه البينة مضافا الى عمومات اذا شهد عندك العادلان فصدقهما وامثالها و خبر منصور والرضوي وغيرهما الضعف اسانيدها واعراض الاكثر عنها لايصلح لتخصيص تلك العمومات مضافا الى معارضتها باخبار اخرى صريحة في قبول بينة المنكر وهذا هو الاصح ،،،

اذا تمهد هذان الامران فلنشرع فى حكم تعارض البينتين فى كل واحدة من الصور الاربع فنقول (١) ما اذا كانت العين في يد رجل وادعاه آخر واقام كل منهما البينة انها له وقد اختلف فقهاؤنا فى تقديم اي البينتين على الاخرى اشد الاختلاف حتى انتهت الاقوال الى تسعة او اكثر ومنشأ ذلك اختلاف الاخبار فبين قائل بتقديم بينة الداخل اي صاحب اليد وقائل بتقديم بينة الخارج وبين قائل بالتفصيل بين التي ذكرت السبب فتقدم الى غير ذلك من التفصيلات المبسوطة فى الموسوعات والذي يستفاد من مجموع الادلة فى هذه الصورة بعد الجمع بين الاخبار هو لزوم الرجوع الى المرجحات المنصوصة وهي الاكثرية والاعدلية وما يلحق بها من متانة الشاهدين وشدة حفظهما ونحو ذلك مما له مدخلية فى قوة الظن بان الحق معهما لا بقضية

ذكر السبب وعدمه مما لا ما خلية له بقوة الظن فان تساويا من جميع تلك الجهات فالترجيح لبينة صاحب اليد ويدل على ذلك صريح جملة من الاخبار كخبر غياث ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة كلاهما اقام البينة انه انتجها فقضى بها للذي هي في يده وقال لو لم يكن في يده جعلتها نصفين ومثله خبر جابر ان رجلين تداعيا دابة واقام كل منهما بينة انها دابته انتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله للذي في يده ولكن في آخر خبر اسحق ابن عمار فان كانت في يد احدهما واقاما جميعا بينة قال اقضي بها للحالف الذي هو في يده ، والقاعدة تقتضي تقييد الاولين بهذا الخبر فتكون العين المتنازع فيها لمن هي في يده بعد يمينه وهذا يوافق مااخترناه من ان القاعدة تقتضي تساقط البينتين المتعارضتين ويتوجه على صاحب اليد وهو المنكر اليمين ويحكم له بها ولكن هذا مع تساوي البينتين في العدد ودرجة العدالة اما مع تفوق احدى البينتين على الاخرى عدداً او عدالة فلا يبعد الترجيح بالاكثرية والاعدلية كما صرحت به بعض الاخبار بل وفي بعضها الترجيح بذكر السبب مثل ان الدابة نتجت على مذوده او انه تملكه بالشراء الا ان الاعتداد بهذا مشكل كما ان بعض الاخبار قد اشتمل على ذكر القرعة ففي صحيحة الحلبي في شاهدين شهدا على امر واحد وشهد آخران على غير الذي شهدا قال عليه السلام يقرع بينهما فايهما قرع فعليه اليمين ومثلها اخبار اخرى وهذا ايضا طرح للبينات ورجوع الى اليمين و القرعة

والظاهر عدم لزومها معه بل هي لمزيد التوثق والاحتياط وكيف كان فالاصح ماذكرنا من انهما مع التكافؤ يسقطان ويحلف من في يده العين ويأخذها ، اما - ماذكره الشهيد « قده » في اللمعة من انه لو كانت احدى البينتين اقدم قدمت وعلله في (الروضة) بقوله لثبوت الملك بها سابقا فيستصحب وعلى هذا جرت (المجلة) مادة « ١٧٦٠ » بينة من تاريخه مقدم اولى مثلا اذا ادعى على العرصة الى الآخر ، فهو انما يصح على المبنى الذي ذكرناه من سقوط البينتين مع التعارض ويرجع الى الاستصحاب وهذا انما يتم حيث لا يد لاحدهما اما مع اليد فلاحاجة الى الاستصحاب بل لايجري الاستصحاب مع اليد معارضا لها او موافقا لانها امارة ولا مجرى للاصل مع الامارة اصلا كما حقق في محله وكيف كان فتعبير الشهيد كعبارة المجلة لايلايم مااخترناه من السقوط بل هو ظاهر او صريح في ان الاستصحاب مرجح للبينة الموافقة على الاخرى وهذا يتسق على الاصول القديم اما على ماحققه فلاسفة الاصوليين من سقوط الاصل كلية مع الامارة بينة اوغيرها مخالفا اوموافقا بل يموت تماما نعم اذا تعارضت فسقطت يحيا ويلزم الرجوع اليه كما ذكرنا فهو مرجع لامرجح فتدبره ،،،

هذا كله اذا كان المتنازع عليه في يد احدهما اما لو كان في يدهما معا كما في مادة « ١٧٥٦ » فقد عرفت انه على نوعين لان كلا منهما اما ان يدعي الكل واما ان يكون احدهما الذي يدعي ذلك والآخر يعترف بالاشتراك يعني انه يدعي النصف فالباب في كلا

الصورتين باب التداعي لاباب المدعي والمنكر ، اما الاولى فواضح ضرورة ان كلا منهما يدعي الكل والكل في يده حسب الفرض وهو ممكن ببعض الاعتبارات واما « الثانية » فالنصف متفق عليه بينهما انه لمدعي الكل انما النزاع في النصف الثاني فمدعي الكل يدعي انه له مع ذلك النصف والآخر يدعي انه له والمفروض انه في يدهما وقد عرفت ان المائز لباب التداعي عن باب المدعي والمنكر هو كون المتنازع في يدهما اولا يد لاحدهما عليه فهو باب التداعي وان كان في يد احدهما بالخصوص فهو باب المدعي والمنكر وعليه فلا وجه لتقديم بينة الاستقلال اي بينة مدعي الكل كما في « المجلة » ولا للاشتراك اذا ادعى احدهما النصف بل اللازم « اولا » الرجوع الى المرجحات من الاكثرية والاعدلية وغيرهما فيعمل بالراجحة منهما فان تكافئتا من جميع الوجوه سقطتا فان كان هناك اصل من استصحاب او غيره عمل به والا فالتحالف فان حلف احدهما ونكل الآخر فهي للحالف وان حلفا معا اشتركا فيها مناصفة في الصورة الاولى وقسم النصف بينهما في الثانية ، وهكذا الكلام فيما لو لم تكن عليها يد اصلا لاهما ولا لغيرهما وأقام كل منهما البينة ، ، وهي « الثالثة » وكذلك ظهر حكم الصورة « الرابعة » وهي مالو كانت في يد ثالث فانه ان اقر بها لهما كانا كما لو كانت في يدهما معا ، وان اقر بها لواحد فهو صاحب اليد وعليه اليمين للآخر مضافا الى يمين من صارت له اليد حديدا وان انكرهما كان لهما عليه اليمين فان اقر بها لثالث فهو

صاحب اليد ويخصمان معه وان قال لاادري فحكمها كما لو لم يكن لاحد يد عليها اصلا ، هذا خلاصة التحقيق في هذا المقام ، وهذا هو العلم المشذب والفقه المحرر ولو رجعت الى موسوعات الفريقين في هذه المباحث ومؤلفاتهم لما زادتك الا حيرة وارتباكا ، والنرجع الى التعليق على بقية مواد هذا الفصل .

مادة « ١٧٥٧ » بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لم يبين فيها تاريخ — ...

ومثاله مالو ادعى ان الدار التي في يد زيد هي له - يعني واقام كل منهما بينة ترجح بينة الخارج وتنتزع الدار من يد زيد ، وهذا مبني على ماعرفت من ان الخارج وظيفته البينة وذو اليد وظيفته اليمين ولا تسمع بينته واوضحنا لك ان الحق خلاف هذا وان بينة الداخل احق بالتقديم لاعتضادها باليد والعمل بالامارتين المتفقتين اولى من العمل بامارة واحدة مخالفة وانما جعلت البينة حجة من جهة كونها طريقا الى الواقع لامن باب التعبد والموضوعية ولا شك ان اليدامارة على الواقع والامارتان المتعاضدتان اقرب الى الواقع من الامارة الواحدة المخالفة ، وان شئت ان تقول بناء على تساقط الحجتين المتعارضتين ان البينتين تساقطتا بالتعارض وبقيت اليد حجة بلامعارض واحترزت « المجلة » بقيد الدعوى في الملك المطلق والذي لم يبين فيها تاريخ عن ذات السبب والمؤرخة فانهما مقدمتان عندهم كما اوضحت ذلك في مادة (١٧٥٨) ترجح بينة الخارج ايضا على بينة

ذي اليد في دعاوى الملكية المقيدة بسبب قابل للتكرار وهي انى لم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى الملك المطلق ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد . ثم ذكرت المثال وخلاصته انه الخارج لو ادعى حانوتا في يد شخص وقال اشتريته من زيد فان قال ذو اليد انا اشتريته من بكر قدمت بينة الخارج وان قال انا اشتريته من زيد قدمت بينته ولا اعرف لهذا التفصيل وجها مقبولا ، بل اللازم النظر الى اقوى البينتين كثرة ووثاقة فترجح ، واذا تكافئتا من جميع الوجوه فان قلنا بان القاعدة التساقط ترجح قول ذي اليد بيمينه لانه منكر والمدعي لاحجة عنده لسقوط بينته بالتعارض ، والا فالترجيح لبينة الداخل لاعتضادها باليد فتكون امارتان فى مقابل واحدة ولا حاجة الى اليمين لان العمل استند الى البينة واليد مرجح لامرجع فتدبره .

ومثله الكلام فى مادة « ١٧٥٩ » بينة ذي اليداولى فى دعاوى الملكية المقيدة بسبب غير قابل للتكرر كالنتاج — فلو تنازع الخارج وذو اليد فى مهر واقام كل منهما بينة انه مولود من فرسه ترجح بينة ذي اليد .

قد عرفت ان ترجيح ذي اليد لانه ذو يد لالان بينته شهدت بالسبب والا فكلاهما قد شهدتا بالسبب فليس ترجيح ذي اليد الا ليده فيطرد فى كل ذي يد سواء شهدت بالسبب ام لا ومثله مالو شهدت احداهما بالمطلق والاخرى مقيدة بالسبب فان الترجيح لذي

اليد الا ان تكون بينة الخارج اكثر عدداً او اقوى وثاقة فانها تقدم على اليد ويعرف وجهه بالتدبر فيما ذكرناه ، نعم قد يكون لاحدى البينتين شبه الحكومة على الاخرى وكالتفسير لها كما لو شهدت بينة ذي اليد انه ورثها من ابيه وشهدت الاخرى بان اباه اغتصبها من المدعي او من ابيه او اشتراها ولم يدفع ثمنها فلا اشكل حينئذ بتقديم بينة الخارج كما نص عليه خبر ابي بصير .

مادة « ١٧٦٠ » بينة من تاريخه مقدم اولى — الى آخرها .

تقدم الكلام فيها وانه لا وجه للترجيح هنا الا الاستصحاب وهو لا يصلح مرجحاً للبينة كما لا يصلح معارضا ،،

مادة « ١٧٦١ » لا يعتبر تاريخ الدعوى في النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفا . الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج — وهذا غني عن البيان فان بينة ذي اليد على هذا التقدير تصبح معلومة الكذب بالوجدان فالخارج كذبها وصدق بينة الخارج وكذلك لو خالف تاريخ كليهما فان الوجدان حينئذ قد كذبهما معا وتبقى اليد سليمة عن المعارض فيحلف لانه منكر ويحكم له باليمين وعليه بالنكول اما لو لم يكن التاريخ معلوما فقد حكمت المجلة ايضا بتهاتر البينتين وتبقى العين في يد ذي اليد ،، وهذا غير موافق لما حكمت في المواد السابقة من ان بينة الخارج مقدمة فى دعوى الملك المطلق وهذا الفرض يرجع اليه بعد سقوط التاريخ وعدم العلم بتاريخ النتاج

والاصح ان كان ترجيح لاحدى البينتين فهو والا فالترجيح لبينة ذي اليد والاولى ان يحلف ايضا .

مادة « ١٧٦٢ » بينة الزيادة اولى فلو اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع ترجح بينة مدعي الزيادة ،،،

وهذا واضح بناء على تقديم بينة الخارج اما على العكس فالامر بالعكس فتدبره .

مادة « ١٧٦٣ » ترجح بينة التمليك على بينة العارية ، فلو قال اعطيته لك عارية وقال بل بعته لي او وهبته ترجح بينة البيع او الهبة،،،

هذا المسألة ذات شقوق وشعوب وهي مسألة مشكلة وسيالة ذات اشباه ونظائر وفيها فقاهة وفن ، وتحريرها كما يجب - ان التنازع في العارية والبيع اما ان يكون بعد تلف العين عند مدعي البيع او مع وجودها في يده فان كان بعد التلف فاما ان يكون مع دعوى تسليم الثمن من مدعي البيع او مع اعترافه بعدم التسليم وعلى كلا التقديرين يلزمه التسليم لاصالة عدمه في الاول ولاعترافه بانه لازم عليه في الثاني ولكن مدعي العارية لا يستحقه من جهة انكاره للبيع والعارية غير مضمونة الا بالتعدي والاصل عدمه فلا يجوز له اخذ الثمن نعم على مدعي البيع ان يدسه في امواله او يدفعه الى حاكم الشرع ان لم يتمكن من ايصاله اليه ويشبه ان يكون كمجهول المالك (وبالجملة) فاصالة عدم الضمان واصالة عدم البيع تقضي بعدم استحقاق مدعي العارية عوض العين التالفة ولكن اعتراف مدعي البيع يقضي

بوجوب تسليمه الثمن وإن كان الآخر لا يستحقه حسب اعترافه ومثل هذا كثير في الفقه ، اما مع وجود العين في يد مدعي البيع وعدم تلفها فاصح مايجري من الاصول هنا هو استصحاب ملكية مدعي العارية الذي يعترف مدعي البيع انها كانت له ويدعي انتقالها منه اليه والاصل عدم الانتقال وبقاء تلك الملكية فيجب عليه ردها اليه لا يقال ان يد مدعي البيع الفعلية تعارض الاستصحاب وهي مقدمة عليه لانها امارة والاستصحاب اصل لانا نقول ان هذه اليد الفعلية لا أثر لها لانها فرع عن يد سابقة باعتراف المدعي اي مدعي البيع فيكون اصالة بقاء الاصل حاكم على الفرع فتدبره .

هذا من حيث مجاري الاصول وحيث لا بينة اصلا ، ، اما لو كانت فاما ان تكون لواحد منهما فقط فلا اشكال ان العمل عليها وان كانت لكل واحد بينة فان كان لواحدة منهما مرجح فالعمل عليها وان تكافئتا وقلنا بالتساقط فالمرجع هو الاصل الذي عرفته ويصبح مدعي البيع هو المدعي وعليه الاثبات وحيث سقطت بينته بالتعارض فالآخر هو المنكر ويحكم له بالعين بعد يمينه واذا قلنا بعدم التساقط فان جعلنا المدار في الداخل والخارج على اليد الفعلية فمدعي البيع هو الداخل وتقدم بينته عند من يقول بتقديم بينة الداخل كما هو الأصح لاجتماع امارتين البينة واليد في قبال امارة واحدة ، والخارج هو مدعي العارية فتقدم بينته عند من يقول بتقديم بينة الخارج ، كصاحب المجلة وان قلنا بان المدار على اليد السابقة وهي يد مدعي العارية انعكست

القضية وانقلب الحكم فتدبر .

كل هذا التحقيق واغتنمه فانك لاتجده في غير هذا الكتاب .

مادة(١٧٦٤) ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة وبينة الأجارة على بينة الرهن - الى آخرها .

هذا ايضا فرع على الاصل الذي اعتمدوا عليه من تقديم بينة الخارج وحيث أن مدعي البيع قوله مخالف للاصل اعني اصالة عدم الانتقال او اصالة عدم استحقاق الثمن على المدعى عليه فهو الخارج بناء على ان كل من يخالف قوله الاصل خارج فتقدم بينته ، ولكن التحقيق ان هذا الفرع ونظائره مما يتفق فيه المتداعيان على كون العين كانت لاحدهما وانتقلت الى الآخر لكن تنازعا في انها انتقلت بعوض او بغير عوض كالبيع والهبة او اتفقا على انتقال المنافع وتخاصما هل انتقالها مع العين او مستقلة كالبيع والاجارة او البيع والعارية على القول بانها تمليك المنافع نعم الحق ان المرجع في كل هذه الفروض الى ان قاعدة احترام مال المسلم هل مقتضي انه لاينتقل الا بعوض الا ماخرج او انها لااقتضاء لها من هذه الجهة ولا يستفاد منها الا ان احترام مال المسلم يقتضي ان لاينتقل عنه ولا يتصرف فيه احد الا برضاه فلا تفيد اكثر من امثال قولهم عليهم السلام لايحل مال امرء الا بطيب نفسه من الكتاب والسنة فان قلنا ان الاصل هو عدم الانتقال بالعوض فالقول لمن يدعي البيع والا فالقول لمن يدعي الهبة اما النزاع في البيع او الرهن فلا ريب ان الاصل عدم الانتقال فيكون

القول مع منكره وكذا في البيع والاجارة فان مدعي البيع يدعي انتقال العين والمنفعة والمنافع متفق على انتقالها والاصل عدم انتقال العين فقول مدعي الاجارة موافق للاصل وبمعرفة الموافق للاصل من المخالف يعرف الداخل والخارج ومنه يعلم حكم النزاع في انه رهن او اجارة فان الاصل عدم انتقال المنافع فالقول مع مدعي الرهن ومن كل هذا ظهر ان المجلة في مادة « ١٧٦٥ » شذت او اشتبهت في القاعدة التي بنوا عليها من تقديم بينة الخارج ضرورة ان المعير الذي يدعي التقييد والتعيين باستعماله اربعة ايام فقط يخالف قول الاصل اعني اصالة عدم التقييد فيكون هو الخارج وتقدم بينته ولكنهم حكموا بتقديم بينة المستعير الموافق للاصل ودعوى ان القول قول المعير في نوع مايملكه من المنافع لغيره فيكون قوله موافقا للاصل - مردودة بان الاصل وان اقتضى الرجوع اليه في تعيين قصده ولكن ذلك حيث لايكون دليل اجتهادي كظواهر الالفاظ من اطلاق وتقييد يعين بها المراد فتدبره جيدا ولا تغفل كغفلتهم في هذه المادة ومادتي « ١٧٦٦ » و « ١٧٦٧ » فان الاصل لما كان هو الصحة والعقل فمدعيهما موافق للاصل فيكون داخلا واللازم على قاعدتهم ان ترجح بينة الخارج وهو مدعي المرض والجنون ، ، ،

مادة « ١٧٦٨ » اذا اجتمع بينة الحدوث والقدم - الى آخرها

اذا تنازع اثنان في ان المسيل حدث منذ خمسين سنة او عشر سنين فقد مر عليك غير مرة ان اصالة تأخر الحادث تقتضي الحدوث

وبناء على تقديم بينة الخارج تقدم بينة القدم المخالفة للاصل فحكم المجلة بتقديم بينة الحدوث فيه خروج عن قاعدتهم فتدبره جيداً ولا تغفل .

مادة « ١٧٦٩ » اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة - لعله يريد بالطرف الراجح من يوافق قوله الاصل او العكس وعلى كل حال فالامر فيهما واضح .

الفصل الثالث

في

القول لمن . و تحكيم الحال

مادة « ١٧٧١ » اذا اختلف الزوج والزوجة فى امتعة الدار التي سكناها - الى آخرها .

هذه المسألة ايضا من مهمات مسائل الخصومات وهي قضية تنازع الزوج والزوجة فى امتعة البيت وهي وان كانت معنونة بعنوان الزوج والزوجة ولكنها كثيرة الاشباه والنظاير كثيرة الدوران وعامة البلوى ، وربما يطرد حكمها فى كل شريكين اوا كثر فى محل

لو تنازعا على مافي ذلك المحل من متاع او آلات او نحو ذلك كالنجار والحداد لو اشتركا في العمل في حانوت واحد وتنازعا على بعض آلات مختصة او مشتركة وقد تكثرت الأقوال وتضاربت الافكار في تنازع الزوجين على الامتعة فبين قائل بان لكل واحد منهما مايخصه والمشترك يقسم بينهما بعد التحالف وقيل الكل للزوج وقيل الكل للزوجة وقيل المرجع الى العرف مطلقا وقيل هما فيه سواء مطلقا فان حلف احدهما فهو له وان حلفا او نكلا قسم بينهما ونسب الى الصدوق « قده » القول بان مايخص الرجل له و ما يخص المرأة والمشترك لها فهذه خمسة اقوال ،،، وسر هذا الخلاف وملاك الارتباك هو ان متاع البيت لما كان تحت استيلاء الزوجة والزوج معا فيكون الجميع فى يد كل منهما فلو تنازعا كان من قبيل تعارض اليدين وتدخل فى قضية تنازع اثنين على مال بايديهما فاذا سقطت اليد بالتعارض فان كانت لاحدهما بينة فلا ريب فى ان العمل يكون عليها وان كانت لكل منهما بينة يرجع الى المرجحات فيعمل بالراجحة وان تكافئتا لم يكن مجال لتقديم بينة الداخل اوالخارج بعد فرض ان كل واحد له يد على المجموع فكلاهما داخلان فتشكل المسألة و كذا لو لم يكن بينة اصلا ،،، اما اخبار اهل البيت سلام الله عليهم فى هذه العقدة فهي كثيرة ومختلفة المفاد ظاهرا ومن طريفها او ظريفها حديث ابن « ١ » الحجاج البجلي قال سألني ابو عبد الله اي الصادق «ع»

« ١ » عبد الرحمن بن الحجاج البجلي الكوفي سكن بغداد وهو-

كيف قضاء ابن ابي ليلى « ١ » قلت قضى في مسألة واحدة بار بعة وجوه في التي يتوفى عنها زوجها فيجيء اهله واهلها في متاع البيت فقضى فيه بقول ابراهيم النخعي ما كان من متاع الرجل فللرجل وما كان من متاع النساء فللمرأة وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسمه بينهما نصفين . ثم ترك هذا القول فقال المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل ، لو ان رجلا اضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البينة كذلك المرأة تكلف البينة والا فالمتاع للرجل ورجع الى قول آخر فقال القضاء ان المتاع للمرأة الا ان يقيم الرجل البينة على ما احدث في بيته ثم ترك هذا القول ورجع الى قول ابراهيم الاول فقال عليه السلام القضاء هو الاخير وان كان قد رجع عنه المتاع متاع المرأة الا ان يقيم الرجل البينة قد علم من بين لابتيها يعني جبلي منى ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع ومثله صحيحته الاخرى وبينهما تغيير يسير وفي آخرها : ارأيت ان اقامت بينة كم كانت تحتاج فقلت شاهدين

ـ من خواص اصحاب الامام الصادق وولده موسى الكاظم [ع] وكان راويا لهما وكيلا عنهما سلام الله عليهما وادرك الامام الرضا عليه السلام ومات في ايامه اي بعد المائتين وهو من اجل رواتنا رضوان الله عليهم

« ١ » محمد بن عبد الرحمن الانصاري قاضي الكوفة ايام بني امية وبني العباس وكان يفتي بالرأي قبل ابي حنيفة وله معه مناظرات ومنافرات وكان ابوه من اكابر التابعين وجده ابو ليلى من الصحابة اسمه يسار من ولد احيحة ابن الجلاح توفي سنة ١٤٨ .

فقال لو سألت بين لابتيها يعني الجبلين ونحن يومئذ بمكة لاخبروك ان الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت زوجها فهي التي جاءت به وهذا المدعي ان زعم انه احدث فيه شيئا فليأت عليه بالبينة ، وفي صدرها استثناه الميزان وانه للرجل ، و في جملة من الاخبار ان لكل منهما مايخصه والمشترك بينهما يقسم ، هذا موجز ماقي المسألة من الاقوال والاخبار الواردة فيها .

والذى ارى ان الفقهاء رضوان الله عليهم وان اطنبوا فى هذا البحث ولكنهم لم يوفوا هذا الموضوع حقة من التحرير والتحقيق ونحن بالطفه تعالى نوضحها لك باسلوب بكر من البيان يتجسم به روح الحقيقة حتى تلمسها بيدك وتبصرها بعينك مجردة عن كل غطاء وغشاوة وذلك بعد مقدمتين « الاولى » ان كل احد يعلم باختلاف التقاليد والعادات بين طبقات البشر فى قضية الزوج والزوجة من حيث الجهاز والمتاع وما تاتي به معها من بيت ابيها الى بيتها الجديد فبين طائفة تأتي الزوجة ولا شيء معها سوى ثياب بدنها التي عليها مظلومة محرومة من كل شيء حتى من مهرها الذى يستهلكه لنفسه ابوها او اخوها الذى يتولى امرها وهؤلاء يرون ان البنت كالبهيمة المملوكة تباع وتشترى ولا شيء لها من الحقوق المدنية وتزويجها عبارة عندهم عن بيعها كما تباع البقرة فتورث هى كسائر الاموال المنقولة ولا تعطى من الارث شيئا وهؤلاء هم اكثر الاعراب من اهل القرى والرساتيق وسكان الصحراء البوادى وهذا هو الظلم الفظيع

والشنشنة الخبيثة التي جاء الاسلام لمحوها وتكرر فى الكتاب الكريم تفنيدها والتو بيخ عليها ولكن على رغم العدل والانصاف ما اجدى كل ذلك شيئا ولا يزال القوم الى اليوم متمادين فى ذلك الضلال وسوء الحال ولا نزال نبذل جهودنا معهم فى الوعظ والارشاد ولا سامع ولا مجيب الا فى القليل النادر ، وحيث ان اوضاع هذا الكون اعني عالم الكون والفساد فى الغالب على طرفى نقيض بين الافراط والتفريط — فهناك طائفة اخرى ولا سيما فى المدن والعواصم على ضد ذلك تحمل الزوجة معها من بيت ابيها ادارة بيت كاملة من العرش والفرش والاواني والقدور الى الخيط والابرة وقد يتفق انها تكتسح بيت ابيها ولا تترك فيه شيئا بل تتركه فقيرا ، لا يملك دانقا ولا قطميرا و بين هذين الطرفين طبقات مختلفة العادات والحالات وللفقر والغنى دخل شديد و يد قوية فى ذلك ، فاحتفظ بهذا واجعله على بالك « الثانية » ان محور قضية تنازع الزوج والزوجة ونظائرها تدور فى الحقيقة و بعد دقة النظر على قضية اليد فقط لا على المختص بالرجال والمختص بالنساء ، فمعرفة صاحب اليد هنا فى الدرجة الاولى ومعرفة الاختصاص فى الدرجة الثانية ، ومعرفة صاحب اليد فى الغالب سهلة التناول قريبة المأخذ فان كلا من الزوجة والزوج على الاكثر لابد وان يكون له في البيت شيء يختص به من غرفة او صندوق او خزانة يضع فيها ثيابه او اوراقه او نقوده اوكل ذلك وكذلك الزوجة وهذا جد واضح كما لا اشكال ايضا في ان في البيت

متاعا كثيرا لايختص باحدهما ولا يدلاحدهما عليه كالفراش والسجاد والاواني ونحو ذلك اذا تمهد هذا ـ اتضح لك ان اللازم على الحاكم حين ترفع اليه حادثة من هـذه المشاجرات ان ينظر اولا الى ان المتنازع فيه هل هو في يدالزوج او الزوجة وفي تصرف اى واحد منهما فيحكم بانه هو المنكر وعلى الآخر اقامة البينة سواء كان ذلك الشيء من مختصاتـه او مختصات الطرف الآخر فان الحلي كالسوار والقلادة التي لاشك ان من مختصات النساء قد يصوغها الزوج من ماله و يضعها في صندوقه اوفي خزانته او يدفعها احيانا للزوجة للزينة ثم يسترجعها منها فكونه من مختصات الزوجة لايلزمه ان يكون ذلك ملكها اوفي يدها كما ان بعض مختصات الرجل كالسيف او الدرع فيكون ملكا للمرأة وخزانتها اما بالارث من ابيها او غير ذلك من الاسباب فاذا عرف الحاكم انه في يدها وتحت استيلائها وتصرفها يحكم على الآخر باقامة البينـة فان عجز عن الاثبات حكم لصاحب اليد بيمينه بل ينبغي ان يكون هـذا النحو خارجا عن موضوع البحث وان كانت كلماتهم في قضية الاختصاص مطلقة فان عجز الحاكم عن معرفة صاحب اليد المالكة لاشتراك تصرفهما فيه او لكونه في يدهما معا او في خزانتهما المشتركة بينهما كمكينـة الخياطة الموجودة في غرفتهما المشتركة وكل منهما يستعملها احيانا او نحو ذلك من الالآت حتى المصاغ كالمنطقة والخاتم سواء كان من صياغة الزوج ام لا فهنا تأتي قضية النظر في المختص والمشترك

فان كان من مختصات الرجل كالسيف والرمح ونحوهما جعلنا الاختصاص امارة على انه له وانه هو صاحب اليد المالكة وكذلك ما اذا كان من مختصات المرأة كالاقراط والاسورة فان اختصاص النساء بشيء امارة على انه ملك الزوجة وفي يدها وان كان من صياغة الزوج وهذه اليد الانتفاعية او الاستعمالية دليل على اليدالمالكية فان لم يكن هناك اختصاص بل هو في حيازة كل منهما وكل منهما له اليد الانتفاعية به وهو صالح للنساء والرجال كالافرشة والتخوت والصناديق والاواني فاللازم النظر هناك الى قضيـة ماذكرنا من العادات والتقاليد في جهاز المرأة وما تحمله من بيت ابيها الى بيت زوجها كما اشارت اليه رواية البجلي من ان القضاء هو الاخير ولعل عادة اهل الحرمين مكة والمدينة كعادة بغداد وما يلحقهـا أن الزوجة تأتي في الغالب بادارة كاملة كما ذكرنا وهذه هي (المرحلة الثالثة) في سير نظر الحاكم وتحريه دقة نظره لاصابة الحق واذا لم ينجع كل ذلك اي لم يكن يد ولا اختصاص ولا عادة وتقاليد وكان الشيء في يدها الاستعمالية معا من دون يدمالكية لاحدهما وتأتي « المرحلة الرابعة » وتكون القضية من باب التداعي مثل تداعي شخصين مابيدهما او بيد ثالث اولا يد لاحد عليه اصلا يتحالفان فياخذه الحالف فان حلفا او نكلا قسم بينهما هذا كله حيث لا بنية او قبل النظر الى البينة يعني حيث يراد تعيين المدعي من المنكر وتمييز الخارج من الداخل وتشخيص ان القضية من باب المدعي اومن باب التداعي

وعلى هذه المراحل الاربع تنزل الاخبار المختلفة وكل واحد منها ناظر الى جهة فالتقسيم للتداعي وكل المتاع للرجل حيث لابد للزوجة ولا عادة وهو للمرأة كله فيما هنالك عادة كما استشهد الامام عليه بمن بين لابتيها فكل واحد له ما يختص به حيث لابد ولا عادة وهذه هي الوجوه الاربعة التي تقلب فيها رأى القاضي ابن ابي ليلى وارتبك منها ولم يستقر على واحد منها ولو ساعدته العناية لعرف ان لكل واحد من تلك الوجوه موضوعا يخصه لا انه يفتي به بقول مطلق وفى جميع الانحاء اذ لاشك انه لا وجه للرجوع الى الاختصاص مطلقا حتى في مقام كون اليد والاستيلاء لاحدهما كما لا وجه له ايضا فيما اذا كانت العادة انها تأتي بجميع الاثاث من بيت ابيها فانها تكون حينئذ هى صاحبة اليد على كل ما فى البيت والزوج هو المدعي وعليه البينة كما قال الامام عليه السلام وهذه هى الظهورات العرفية المتبعة اعني ظهور الاحوال والافعال الذي هو كظهور الاقوال فتدبره جيدا واغتنمه ، اما لو كان فى البين بينة فان كانت لاحدهما فقط زوجا او زوجة حكم له بها مطلقا فى جميع الوجوه المتقدمة مع الاختصاص وعدمه ومع اليد وعدمها الى آخر ما سبق وان كانت لكل واحد منهما بينة فان كان لاحدهما يد واستيلاء اقوى من الآخر على ما عرفت من كونه فى صندوقه او فى خزانته الخاصة به او اختصاص او عادة كان بالضرورة هو المنكر اي الداخل والآخر هو المدعي اي الخارج وهنا يجيء الارتباك واختلاف المذاهب والآراء فاصحاب الجملة

يقدمون بينة الخارج في مختصات النساء يحكمون بها للرجل والعكس بالعكس كما نصت عليه هذه المادة التي نحن فيها ، اما عندنا فالاصح كما سبق مفصلا تقديم بينة الداخل لاعتضادها باليد ففي مختصات الزوجة تقدم بينتها ونحكم لها وفى مختصات الرجل تقدم بينته وان لم تكن يد ولا اختصاص ولا عادة يعرف بها الداخل من الخارج والمدعي من المنكر فان كان لاحدى البينتين ترجيح بكثرة او وثاقة قدمنا الراجحة وان تكافئتا من جميع الجهات فان حلف احدهما فقط فللحالف وان حلفا معا او نكلا فالتقسيم ،،،

هذه هي الحقيقة الناصعة ، والطريقة الجامعة ، التي عنت على افكار فطاحل العلماء والقضاة من الصدر الاول الى اليوم والمنة لله وحده .

مادة (١٧٧٣) اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين .

لا وجه له بل كل من يكون القول له فانما يحكم له بعد يمينه ويمكن اعطاء قاعدة كلية وهي ان كل من يكون القول قوله فلابد معه من اليمين بل يمكن ان يقال في هذا الفرع ان القول ليس له بل للواهب لان قوله يوافق اصالة عدم التلف واستصحاب بقاء العين و كل من يدعي خلاف الاصل فعليه الاثبات بالبينة ، وليس هو بامين كالودعي حتى يقبل قوله وان خالف الاصل كما في « ١٧٧٤ » ، (١٧٧٥) اذا اعطى من له ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فالقول قوله في

كونه اعطاه محسوبا من باقي الدين .

هذه المادة بظاهرها لامحصل لها ولعل مرادهم انه اذا كان عليه ديون مختلفة اي بعضها عليها رهن و بعضها بلا رهن فادعى المديون انه قصد دفع الدين الذى عليه رهن يصدق لانه اعلم بقصده وهو من الامور التي لاتعلم الا من قبله وهو صحيح متجه ، (١٧٧٦) اذا انقضت مدة اجارة الرحى واراد المستأجر حط حصته من الاجرة مدة انقطاع الماء ــ ووقع بين الآجر والمستأجر اختلاف ولم تكن هناك بينة الى ـ آخرها .

هذا ايضا من المواضع التي اشبهت المجلة فيه حيث جعلت القول قول المستأجر ان المدة عشرة لا المؤجر القائل انها خمسة فان المرجع هنا استصحاب بقاء الماء الا بالمقدار المتيقن انقطاعه فيها وهو الخمسة فقول المؤجر هو الموافق للاصل ومدعي الزيادة عليه الاثبات وهكذا اذا كان الاختلاف فى اصل الانقطاع فان القول قول منكره مطلقا سواء كان موجودا حال الخصومة او منقطعا بعد ان كان حال الايجار موجودا فيستصحب الى زمن اليقين بانقطاعه فتعود المسألة الاولى نعم لو لم يكن موجودا حال الايجار انعكس الحكم فتدبره ومنه يعلم مادة « ١٧٧٧ » وهو ما اذا اختلفا في طريق الماء انه قديم او حادث فان المرجع الى اصالة تأخر الحادث اي استصحاب عدمه الى زمن اليقين بحدوثه من غير فرق بين وجود الماء في المسيل حال الخصومة اوعدم وجوده بعد العلم بوجوده سابقا وانما الشك في قدمه

وحدوثه نعم لو كان للحدوث اثر شرعي بعنوانه الخاص يشكل اثبات ذلك الاثر باستصحاب عدمه الا على القول بالاصول المثبتة فتدبره.

الفصل الرابع
فى
التحالف

باب التحالف هو باب التداعي على عين ليس لاحدهما يد عليها ولا يكون قول احدهما موافقا بل الكل مخالف وحينئذ فان اختص احدهما بالبينة حكم له بها وان كان لكل واحد بينة ولم يكن مرجح لاحدهما فاما ان يحلف احدهما فقط فيحكم له او يحلفان معا فان كان النزاع على عين قسمت بينهما وان كان على عقد يحكم بفسخه ويترادان هذا هو القاعدة العامة فى باب التداعي ولكن تنازع البايع والمشتري فى مقدار الثمن ليس من هذا القبيل فان من يدعي الزيادة مدع وخصمه منكر فهو باب المدعي والمنكر والاول يخالف قوله الاصل بخلاف الثاني فذكره هنا وضع للشيء فى غير محله وفى غير بابه نعم لو تنازعا فى الجنس وان المبيع فرس او شاة والثمن فضة او ذهب والعقد بيع او صلح وهكذا كان من باب التداعي وبعد التحالف

الفسخ كما عرفت ـ هذا كله في البيع اما لو كان النزاع في الاجارة ففي مادة « ١٧٧٩ » اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور الى آخرها .

وِمادة « ١٧٨٠ » وحاصلهما ان المؤجر والمستأجر لو تنازعا في قدر الأجرة فاما ان يكون قبل التصرف في العين المأجورة او بعده فان اقام احدهما البينة حكم له بها وان اقاما البينة حكم ببينة الخارج عندهم وهو المؤجر المدعي للزيادة المخالف قوله للاصل وان لم يكن بينة اصلا حلف المستأجر اي منكر الزيادة وان نكل حكم عليه وليس هذا من باب التداعي والتحالف فذكره هنا لا وجه له اصلا كما لا وجه لقولها : يحلفان معا — بل يحلف المنكر فقط اي منكر الزيادة كما عرفت ولا مجال للفسخ هنا اصلا وقد اشتبهت المجلة هنا اشتباها مريبا ومثله مالو اختلفا في المدة او المسافة وقول المجلة : ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف اشتباه واضح ، اذ لا تحالف في المقام اصلا ، ولا فرق في كل ما ذكرنا بين كون النزاع بعد التصرف اوقبله فتدبره ، ومنه ظهر حكم مادتي « ١٧٨١ : ١٧٨٢ » نعم اصابت المجلة شاكلة الصواب في مادة « ١٧٨٣ » ليس في دعوى الاجل يعني كونه موجلا اولا وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف ، وفي هذه الصور الثلاث يحلف المنكر ،، ولكن اوضح من هذه الصور كلها النزاع في المقدار من حيث الاقل والاكثر لا في البيع والاجارة فقط بل في جميع العقود والمعاملات القائل بالزيادة

مدعي والثاني لها منكر نعم لو كان النزاع في ان المبيع او المأجور الدابة او الدار مثلا او الثمن دراهم او دنانير ونحو ذلك فهو باب التداعي والتحالف وما ادري كيف اشتبه هذا الامر الواضح على اصحاب المجلة فخلطوا بل غلطوا هذا الغلط الذي لا يخفى على واسط الطلاب فضلا عن افاضلهم والعصمة لله وحده ومنه التوفيق .

ويحصل من جميع الذي تلوناه انه كلما كان النزاع في الاقل والاكثر او الاطلاق والتقييد او النفي والاثبات فهو باب المدعي والمنكر ان اثبته المدعي حكم له والا حلف المنكر وانتهت الخصومة وكلما كانت الخصومة بين متباينين فهو باب التداعي والتحالف فتدبره واغتنمه :

الكتاب السادس عشر

﴿ فى القضاء ويشتمل على مقدمة واربعة أبواب ﴾

المقدمة

﴿ فى بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالقضاء ﴾

مادة « ١٧٨٤ » القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية .
الفرق بين الحكم والحاكمية جهة اعتبارية فان الحاكمية اهلية الشخص لاصدار الحكم والحكم هو القول الصادر لحسم الخصومة ولا اثر يترتب على هذا في مقام العمل اصلا .

مادة « ١٧٨٥ » الحاكم هو الذات الذي تعين ونصب من قبل السلطان لحسم الدعاوى والمخاصمات . الى آخرها .

هذا عند جمهور المذاهب على الظاهر اما عند الامامية فهو منصب اذي وصفة نفسانية كمالية تخوله تلك الاهلية اي اهلية الحكم والقضاء بين الناس ولا دخل للسلطان فيه اصلا ، لا نصبا ولا عزلا ، تنصبه الفضيلة والامانة ، وتعزله الرذيلة والخيانة ، ياداود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق . ولا تتبع الهوى .

مادة « ١٧٨٦ » الحكم عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة - الى آخرها .

هذا اصطلاح لا اثر له عملي لا عندهم ولا عندنا ، اما بقية المواد هنا فهي اشبه بالمهزلة والفضول مثل ان المحكوم عليه هو الذي حكم عليه وهلم جرا .

الباب الاول

في

﴿ الحكام ويحتوي على اربعة فصول ﴾

الفصل الاول

فى

﴿ بيان اوصاف الحاكم ﴾

مادة (١٧٩٢) يلزم ان يكون الحاكم حكيما فهيما مستقيما وامينا مكينا متينا .

مادة « ١٧٩٣ » يلزم ان يكون الحاكم عالما بالمسائل الفقهية واقفا عليها وعلى اصول المحاكمة مقتدرا على حسم الدعاوى الواقعة تطبيقا لها .

هذه الاوصاف على الجملة معتبرة في الحاكم ولكن لو امعنا النظر فى كثير منها لم يجد لها معنى محصلا ولا نجدها الا فارغة جوفاء مثلا

لزوم كون الحاكم حكيما ، فما المراد بالحكيم هنا هل هو العالم بعلم الحكمة التي هي معرفة حقائق الاشياء على ماهي عليه على حسب الطاقة البشرية كما يقول اربابها ، او الحكمة بمعنى وضع كل شيء في محله كما هو عند اهل العرف واللغة ، اوالحكمة بمعنى الطب كما هو عندالعوام حيث يطلقون الحكيم على الطبيب ، كل هذا ليس بلازم في الحاكم الشرعي اذا فما هو المراد ، ومثله - كونه مكيا ومتينا .

« وبالجملة » فما ذكرته المجلة من اوصاف الحاكم اكثرها فارغة لا محصل لها ، وانما الاوصاف المفهومة المعلومة اللازمة فيه اجماعا هي ستة « ١ و ٢ » البلوغ والعقل - فلا يصح قضاء الصبي وان كان مميزا وجامعا للشرايط الأخر ، ولا المجنون مطلقا ولو في حال افاقته على الاصح ولو كان جامعا ايضا « ٣ و ٤ » الاسلام والايمان « ٥ و ٦ » الوصفان الركنيان بل واهم اوصاف الحاكم وهما - الاجتهاد - وهو كما مرت الاشارة اليه ملكة استنباط الاحكام الفرعية من ادلتها الشرعية التفصيلية ، وهو مقام الفتوى واستخراج الحكم الالهي الكلي من الادلة العامة والخاصة ، والقضاء اصعب منه بكثير فانه مقام تطبيق تلك الاحكام الكلية على مصاديقها الجزئية حسب الحوادث والوقائع المتجددة وهذا الشرط الذي هو اعظم الشروط واهم الاوصاف الغاه واهمله الجمهور من اتباع ارباب المذاهب ومنهم اصحاب (المجلة) ولعل ذلك من جهة انسداد باب الاجتهاد عندهم ولم يكتفوا باهمال هذا الشرط فقط بل اهملوا ما هو اهم

والزم منه وهو الوصف (السادس) الذي هو الركن الاعظم من اوصاف القاضي والحاكم الا وهو العدالة التى عرفت انها ملكة نفسانية تردع صاحبها عن ارتكاب الكبيرة والاصرار على الصغيرة والاتيان بشيء من منافيات المروة وقد اعتبر القرآن المجيد بالعدالة في الحاكم والشاهد فى عدة آيات : يحكم به ذوا عدل منكم اثنان ذوا عدل منكم واشهدوا ذوى عدل منكم ،،، نعم ولكن القوم ولاسيما في هذه العصور قد اهملوا هذين الشرطين ومن اجل اهمال هذين الشرطين المهمين في القضاء الذي هو من اهم المناصب واشقها بل واشقاها بل هو المجلس الذي لايحل الا نبي او وصي او شقي ، نعم من اجل اهمال هذين الركنين صار يتولى القضاء والحاكمية في هذه العصور ـ الصبية والولدان من الناشئين الذين لم يخوضوا بعد غمار الحياة وتحنكهم التجارب ولا نصيب لهم من العلم الا ماعرفوه من بعض الكليات التي تلقنوها في بعض مدارس الحقوق فاين الاجتهاد واين العدالة واين الحنكة والتجارب والممارسة في معرفة التشخيص والتطبيق ؟ وكيف يؤتمن امثال هؤلاء على اعراض الناس واموالهم وحقوقهم بل ودمائهم فلا حول ولا قوة ولا شهامة ولا فتوة نسئله تعالى تسديداً اولياء الامور واصلاحهم فاذا صلحوا صلح كل شيء انشاء الله ،،،

وقد اشارت المجلة الى الوصفين الاولين من الاوصاف الستة المتقدمة فى مادة (١٧٩٤) يلزم الحاكم ان يكون مقتدرا على تمييز الناس بناء عليه لايجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لايسمع

صوت الطرفين القوي .

اما العمى والصمم فلم يتفق اصحابنا على اعتبار خلو الحاكم منهما ولعل الاشهر عدم اشتراط ذلك اذ رب بصيرة تغني عن الف بصر كما هو الغالب فى العميان وقد شاهدنا وشاهد غيرنا منهم العجائب نعم اعتبر جماعة من اصحابنا شرائط واوصاف اخر فى الحاكم منها « ان يكون ذكرا » فلا يصح قضاء المرأة وان جمعت بقية الشرائط والظاهر هو انه اتفاقي عند عامة المسلمين ولعل المجلة لم تصرح بـه لوضوحه

« ومنها » ان لا يكون امياً اي يلزم ان يكون كاتبا « ومنها » طهارة المولد فلا يصح قضاء ولد الزنا وان كان مجتهدا عادلا « ومنها » الحرية فلا يصح قضاء العبد وان اذن له المولى وكان جامعا للشرائط وهو محل نظر « ومنها » زيادة تضلعه فى احكام القضاء وطول ممارسته بها بالبحث والتدريس ، ولا باس بهذا الشرط « ومنها » ان يكون حافظا اي لا يكون كثير السهو والنسيان ، و يغني عن هذا ان يكون له كاتب عدل ثقة امين ، وهو اليوم فى نفس الحكام نادر فكيف بكتابهم .

الفصل الثانى

في

بيان آداب الحاكم

هذه الاوصاف المذكورة فى هذا الفصل كلها قد ذكرها ايضا فقهاؤنا والتزموا باشد من ذلك فى ادب الحاكم ولكن كل واحد منها ادب مستحسن واخبار اهل البيت في حث الحاكم على التزام العفة والنزاهة والعدل كثيرة ولكن كل واحد منها ليس بحيث لو اخل به يكون حكمه باطلا اذا كان جامعا للشرائط الركنية المتقدمة ، واهم ما في هذه الاوصاف متانة الحاكم ورزانته فى سائر احواله فضلا عن مجلس الحكم و يليه فى الاهمية عدم قبول الهدية والدعوة ، فانها قد تكون في حقيقتها رشوة ، وهي من اعظم الكبائر على الدافع والآخذ وهى من السحت الذي ذكره الباري عز شأنه في كتابه المجيد باسوء الذكر ، ويلتحق بهذه الآداب ادب التسوية بين الخصمين فى كل الاحوال والملاحظات حتى بالسمع والبصر والوجه واللسان بل وبالميل القلبي ان كان مستطاعا فلا يسمي احدهما باسمه والآخر بكنيته وان كان احدهما من الشرف فى اعلى الطبقات والآخر فى ادنى

الطبقات فان جميع الناس امام الحق سواء والله الموفق وبه المستعان

الفصل الثالث

في

بيان وظائف الحاكم

مادة ﴿ ١٨٠٠ ﴾ الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة والحكم ،،، عرفت من مطاوي ابحاثنا السابقة ان القضاء والحاكمية عندنا معشر الامامية منصب آلهي لادخل له بالسلطان ولا بغيره ينصبه العدل وجامعية الشرائط و يعزله زوال بعض الصفات الركنية من العقل والعدالة والاجتهاد فلا يتقيد بزمان ولا مكان بل له الحكم في كل مكان وكل زمان وحكمه لا يرد الا اذا تبين عنده او عند حاكم آخر خطاؤه او تقصيره فينقض حكمه ، نعم من الواجبات على السلطان العادل في زمن سلطانه ونفوذ امره ان ينصب قاضيا وحاكما لحسم الخصومات في كل بلد ولكن ليس معنى ذلك انه اذا نصب حاكما في بلد لا يجوز الترافع عند حاكم آخر جامع للشرائط نعم لو منع السلطان من الرجوع الى غير منصوبه لمصلحة سياسية جاز ذلك وحرم الرجوع الى غيره لانه حسب الفرض امام مفترض الطاعة ، و يترتب

على ما ذكرنا ان الحاكم ليس له ان يستنيب فى الحكم اي يجعل نائبا عنه قريبا او بعيدا لعذر او لغير عذر اذا كان النايب غير جامع للشرائط اما لو كان جامعا فلا حاجة الى النيابة لاهليته بذاته نعم له ان يوكل غيره ممن يعتمد عليه فى بعض مقدمات الحكم مثل سماع شهادة الشاهدين الذين يعرفهما الحاكم و يعرف عدالتهما فينقل له نص شهادتهما و يعمل هو اي الحاكم بما تقتضيه الموازين ، وعليه فاكثر مواد هذا الفصل لامحل لها على حسب اصول الامامية وقواعدهم فانه لانصب ولا عزل ولا نايب ولا منوب ولا مجال للبحث في جملة منها خصوصا مثل مافي مادة « ١٨١١ » يجوز ان يستفتي الحاكم من غيره عند الحاجة .

اذ ماوجه استفتائه من الغير بعد اعتبار كونه مجتهداً .

اما لو تنازع الخصمان فيمن يرجعون اليه لحل خصومتهم في بلد يتعدد حكامه فقد رجحت المجلة مادة « ١٨٠٣ » الحاكم الذي اختاره المدعى عليه ،،، ولكن المشهور عند فقهائنا ترجيح من يختاره المدعي وربما يدعى عليه الاجماع عندنا لكونه هو صاحب الحق الذي له ان يدعي وله ان يترك ، وناقش السيد الاستاذ (قده) فيه بان للمدعى عليه ان يسبق الى حاكم آخر بعد الدعوى و يطلب منه ان يخاصمه من دعوى المدعي ؛ وهي مناقشة واضحة الضعف ؛ واي معنى لطالب ان يخلصه من الدعوى قبل ان يدعي صاحب الحق و يشكل الدعوى عند حاكم واما اذا شكلها المدعي عنداحد الحكام

فقد صار هو الاسبق ولزم على المدعى عليه الموافقة الا ان يرفضها الحاكم الاول وهو خارج عن الفرض ، والتحقيق عندنا في هذا ان المدعي اذا سبق الى حاكم ورفع اليه دعواه فان وافقه المدعى عليه فهو وان خالفه واختار غيره فان كانا متساويين او من اختاره المدعي اعلم واشهر فلا اشكال في ان الترجيح لمن اختاره المدعي وان انعكس الامر لا يبعد ترجيح من يختاره المدعى عليه ـ هذا اذا سبق المدعي اما لو تنازعا قبل سبقه او كانا متداعيين فمع تساوي الحاكمين يتعين الرجوع الى القرعة والا فالترجيح للاعلم الاشهر فتدبره فانه ثمين ومتين .

مادة [١٨٠٨] يشترط ان لا يكون المحكوم له احد اصول الحاكم او احد فروعه او زوجته او شريكه في المال الذي سيحكم به او اجيره الخاص او متعلقه الذي يتعيش بنفقته ، بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى احد هؤلاء ويحكم له ، اعلم اولاً انه لا اشكال في ان الحاكم لو كان هو احد الخصمين لم يكن معنى لارجاع الخصومة اليه ليحكم فيها له او عليه حتى بتوكل غيره المرافعة فانه مع مخالفته للذوق والاعتبار خلاف الادلة فانها ظاهرة بل بعضها صريح في لزوم الرجوع الى الغير فلو كان هو شريكا في المال المتنازع عليه وجب الرجوع الى حاكم آخر ، اما اصوله وفروعه اعني آباءه واولاده صاعدين ونازلين وزوجته واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته فالاعتبار والذوق بل والدليل يساعد ايضاً على عدم صحة الرجوع اليه فيما لو كانت للغير مع

احدهم خصومة اذا كان له ولاية خاصة شرعية كولايته على الصغار من فروعه او عرفية كولايته على زوجته واجيره لانه يرجع ذلك الى نفسه اما لو كانت له ولاية عامـة كولاية حاكم الشرع على الايتام والمجانين الذين لاولي لهم والغائبين الذين لاوكيـل لهم والاوقاف المنحلة التولية ففيه لفقهائنا قولان ـ نفوذ حكمه لهم لما فى الحديث من ان كل قاض ولي الايتام ، وظاهر ولايته عليهم نفوذ حكمه لهم وقيل لاينفذ لانه هو الخصم والخصم لايكون حكما ، وفصل آخرون بين ما اذا كان هو الخصم فلا او كان القيم او الوكيل على شؤنهم قبل الخصومة غيره ولو من ذلك الحاكم فيجوز والقول بالنفوذ مطلقا قوي والتفصيل لا بأس به وهو احوط ، اما فروعـه الكبار واصوله وزوجته الذين لاولاية له عليهم فلا دليل على عدم صحة الرجوع اليه لوكانت لهم او عليهم خصومة سوى ماعرفت من الذوق والاعتبار ، ثم لو حكم لشريكه قالوا نفذ فى حصة شريـكه دون حصته وهو مشكل .

مادة (١٨١٢) يلزم على الحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بما يمنع صحة التفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم .

هذا الشرط وان لم يذكروه فى عداد الشروط الركنية ولكنه مثلها في الاهمية ولو صدر منه حكم في حال من هذه الاحوال وجب عليه اعادة النظر فيه ، كما انه لايجوز التأخير في الحكم اوفي النظر في الخصومة الا لعذر مشروع كاعطاء القضية حقها من التأمل والفحص

ولكن بتحولا يؤدي الى الاخلال بالحقوق بالتاجيلات المتتابعة الموجبة لتضييع العمر وتعطيل اشغال المتخاصمين كما نشاهده في هذه الازمنة التعيسة ، وكل ذلك تابع لمقدار المروة والانصاف في الحكام وهما قليلان في الكثير منهم بل معدومان .

الفصل الرابع

﴿ فيما يتعلق بصورة المحاكمة ﴾

مادة ﴿ ١٨١٥ ﴾ يجري الحاكم المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم فيه قبل الحكم ،، هذا راجع الى نظر الحاكم ان وجد مصلحة في الافشاء افشى والا فلا ،، ثم ان باقي مواد هذا الفصل بعضها تقدم ذكرها والباقي واضح لا تعليق عليه وكذلك مواد الفصل الاول من الباب الثاني ولاسيما مادة ﴿ ١٨٣٢ ﴾ للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر في الدعوى التي توجه خصومتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة ،،، فانها مع انها مشوهة الصورة معقدة التعبير الى الغاية قد تقدمت في المباحث السابقة فراجعها ،،

الفصل الثانى

فى

بيان الحكم الغيابي

ملخص المواد المذكورة في هذا الفصل ان المدعي اذا استدعى من الحاكم احضار المدعى عليه طلب حضوره ان كان فى البلد او قريباً منه بان يحضر بنفسه او بوكيل عنه فان امتنع يجبر ولو بتوسط السلطان على الحضور او ارسال الوكيل فان لم يمكن اجباره ينذر ثلاث مرات بورقة دعوة مخصوصة فان لم يجب افهمه الحاكم انه سينصب وكيلا عنه و ينظر ثم يحكم ثم ينصب الوكيل و ينظر في الدعوى و يحافظ الوكيل على حقوق من وكل عنه و يدافع عنه حسبما يستطيع ثم يحكم الحاكم له او عليه حسب الموازين ولكنه لا يخرج عن كونه حكما غيابيا له الاعتراض عليه ونقضه اذا حضر قبل تنفيذه هذا عند ارباب « المجلة » اما اصحابنا فبمجرد امتناعه واصراره بعد الانذار يسقطون حق حضوره ولا يلتزمون بنصب وكيل عنه بل ينظرها الحاكم و يحكم عليه بالحكم الغيابي ولكن ماذكروه من نصب وكيل عنه حسن وموافق للاحتياط ثم يبلغ الحكم اليه فان اعترض سمع والا نفذ عليه الحكم ان لم يكن له دعوى صالحة لدفع الدعوى .

الباب الثالث
فى
روية الدعوى بعد الحكم

مادة « ١٨٣٧ » الدعوى التي حكم بها واعلم بها موافقا لاصولها المشروعة ـ لاتجوز رؤيتها وسماعها تكرارا .

يعني لايجوز طلب تجديد المرافعة لاعند ذلك الحاكم ولاعند غيره ولعل هذا متفق عليه في الجملة انما الكلام في جوازه مع اتفاق الطرفين بين مجوز ومانع والجواز اقرب لان الحرام رد حكم الحاكم وتجديد النظر فيها ليس برد ، ولو ترافعا عند غيره لم يجب عليه البحث عن صحة ذلك الحكم ولكن يجوز له ذلك فان وجده صوابا او لم يتبين خطؤه امضاه ان كان يعتقد اهليته كما يجوز له امضاؤه من غير فحص ولا يجوز له الا اذا علم علما قطعيا بفساده لمخالفته اجماعا او نص اية اوخبراً متواتراً صريح الدلالة ولا يجوز له نقضه فى غير هذا وان كان مخالفا لرأيه في المسائل الاجتهادية النظرية بل وان كان مخالفا لدليل قطعي نظري كاجماع على طريقة الكشف او خبر محفوف بالقرائن والامارات اذ مثل هذا يختلف باختلاف الانظار فرب شخص يستفيد العلم من امارة لايستفيد الظن منها غيره فالحكم

استند الى امثال هذا لايجوز نقضه ، ومنه يعلم مادة « ١٧٣٨ » اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم ليس موافقا لاصوله المشروعة - وطلب استيناف الدعوى يحقق الحكم فان كان موافقا - يصدق ولا يستانف ومثلها « ١٨٣٩ » - يدقق الاعلام فان كان موافقا - يصدق والا ينقض .

وتحرير هذا البحث ان الاصل المستفاد من العمومات والادلة القطعية ان حكم الحاكم الجامع للشرائط لايرد وان الراد عليه راد على الله عز شأنه ، فيجب العمل به مهما امكن حتى على الحكام الآخرين فضلا عن ساير المكلفين الا اذا علم فساده وعدم مطابقته للاصول الشرعية فلو ادعى المحكوم عليه ان الحكم الذي عليه هو من هذا القبيل لامحيص من اجابته ورفع القضية الى حاكم او حكام آخرين لينظروا فيه ويفحصوه ويمحصوه فان كان موافقا ينفذوه والا نقضوه ، ولعل الاول من قبيل ماندعى اليوم بالاستيناف والثاني بالتمييز وكذلك لو ادعى المحكوم عدم اهلية الحاكم للحكم بفسق او عدم اجتهاد او تقصير في مقدمات النظر في الدعوى اوفسق الشهود في كل هذه الصور يصبح المحكوم مدعيا وعموم البينة على المدعي يقتضي سماع دعواه فاما ان يثبتها فينتقض الحكم او يعجز فيبقى الحكم على ماكان ، هذا هو مقتضى القواعد ولكن منع بعضهم من سماع هذه الدعاوى استنادا الى ان فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكام فيحصل فتق يعسر رتقه فى الاسلام وهو معارض بان سده

ايضا قد يوجب غدرا في الحقوق وحيفا لا يمكن تلافيه وعلى تقدير السماع ففي دعوى عدم الاهلية يكون المحكوم له مدعيا وعليه اثبات الاهلية ، وفي دعوى الفسق او الجور او الخطأ وفسق الشهود فالمحكوم عليه هو المدعي وعليه الاثبات الا ان يكون هو الذي اختار ذلك الحاكم للمرافعة فيلزمه الالتزام بحكمه وحمله على الصحة كما انه لو دفع الدعوى قبل الحكم او بعده واثبت امرا يوجب سقوط تلك الدعوى يبطل الحكم طبعا كما في مادة « ١٨٤٠ » يصح دفع الدعوى قبل الحكم و بعده الى آخرها .

و بقي في المقام امر مهم لم تتعرض له المجلة وهو ما يترتب على تبين بطلان حكم الحاكم فنقول : انه اذا تبين بطلان الحكم فاما ان يكون قبل العمل به فلا شيء واما ان يكون بعده فان كان في حد من قتل او قطع او غيرهما او في مال او في عقد او حل عقد (ففي الاول) اذا لم يكن مقصرا فلا قصاص عليه ويلزم الدية من بيت المال لتخبير المشهود : ما أخطأت القضاة في دم او قطع فعلى بيت مال المسلمين الا ان المحكوم عليه لو كان عالما بفساد دعواه واغرى الحاكم بالحكم كان عليه القصاص للتسبب الذي هو هنا اقوى من المباشر ، وفي [الثاني] ان كان المال موجودا استرد وان كان تالفا فان كان المحكوم له قد استهلكه ضمن ، وان كان غيره فمع علمه يضمن ايضا للتسبب ايضا والافقيل ان ضمانه على بيت المال وهو مشكل لاختصاص الخبر المتقدم بالدم ونحوه نظراً لقاعدة لا يبطل دم امرء مسلم ، و حينئذ لا ضمان

على المحكوم له ولا على الحاكم لعدم تقصيره حسب الفرض وهو مأذون شرعا ، وخبر عبد الرحمن بن الحجاج فى قضية ربيعة الرأي وقول الاعرابي له انه فى عنقك وتصديق الامام الصادق سلام الله عليه الاعرابي وقوله « ع » كل مفت ضامن غير صريح بما نحن فيه بل لعل المراد منه المفتي المقصر كربيعة الرأي والحاصل هو قضية فى واقعة لا يمكن اطراد العمل به ، ومنه ظهر انه لو ثبت كون الحاكم مقصراً او جائرا متعمدا فى القضاء او مقدماته كان الضمان عليه نفسا اومالا _ الا اذا كان المحكوم له هو المباشر مع علمه فان الضمان عليه لان المباشر هنا اقوى من السبب ، اما العقد فينفسخ ولو كان نكاحا فهو شبهة والطلاق ونحوه يبطل وتعود الحالة الاولى اما لو كان الحكم فى مال وكان مقصرا فمع وجوده يسترد ومع تلفه يتخير المحكوم عليه بين الرجوع على الحاكم لانه مسبب وعلى المحكوم له ان كان هو المتلف وعلى المتلف ان كان غيره .

الفصل الرابع

في

(بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم)

مادة « ١٨٤١ » يجوز التحكيم فى دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس ،،،

قاضي التحكيم هو خصوص الحاكم الذي تراضى الخصمان على

حكمه مطلقا وتخصيصه بالمال لاوجه له بل لو تراضيا عليه في دعوى قتل او عرض او نكاح او طلاق جاز بل اصل تشريعه في الكتاب المجيد في تخاصم الزوجين ونشوز كل منهما او احدهما على الآخر فابعثوا حكما من اهلها وحكما من اهله ،،،

وقد اعتبر اصحابنا رضوان الله عليهم في قاضي التحكيم جميع الشروط في مطلق القاضي النافذ الحكم سوى التولية من الامام في ايام حضوره بسط يده حتى قال بعض اعلام علمائنا مانصه : واعلم ان قاضي التحكيم لايتصور في حال الغيبة لانه ان كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم والا لم ينفذ حكمه مطلقا اجماعا وانما يتحقق مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام وعدم نصبه – وقد تحرر من ذلك ان الاجتهاد شرط في القاضي في جميع الازمان والاحوال وهو موضع وفاق . وهل يشترط في نفوذ حكمه تراضي الخصمين به بعده قولان اجودهما العدم عملا باطلاق النصوص انتهى .

واقول ان هذا الكلام الاخير موضع عجب اذ بعد فرضه مجتهدا جامعا للشرائط فما معنى اعتبار رضاهما بحكمه بعد الحكم ؟ فان حكم المجتهد نافذ على كل احد وان لم يتراضيا ويلزمها بالانقياد لحكمه فكيف وقد رضيا به والتزما بتحكيمه ولا معنى لتحكيمه الا التزامهما بالعمل بحكمه فتدبره وان كان واضحا ، ومما ذكرنا ظهر انه لاوجه على اصولنا لما في مادة (١٨٤٢) حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين اللذين حكماه – الى آخرها ، بل لازم

فرضه مجتهدا جامعا لحكمه نفوذ حكمه على كل احد كسائر احكامه

أما بقية مواد هذا الباب فهي صحيحة وواضحة ،،، واعلم ان

ما ذكرناه في القضاء من المباحث تبعا للمجلة او استدراكا عليها

وان كانت واسعة وجامعة ولكنها من باب التمثيل بالنسبة الى

ما ذكره فقهاؤنا في المبسوط من مؤلفاتهم كقطرة من نهر ، او جرعة

من بحر ، وقد بقيت ابحاث مهمة في الحكم والقضاء والحاكم

كقضية جواز اخذ الاجرة له او الارتزاق من بيت المال ، واحكام

الشهادة والشهود كشهادة الفرع ونحو ذلك لم نتعرض لها تبعا لاهمال

المجلة لها ، كما انها اهملت بعض الكتب المهمة من المعاملات مثل

كتاب القرض اي الدين ، وغير المهمة مثل السبق والرماية ، وكان

عزمنا عند الشروع في تأليف هذه المجموعة ان نتوسع في مباحثها

ونستدرك مافات المجلة على وجه مبسوط بحيث يكون مجموعة ستة

اجزاء او ثمانية ولكن ظروف الحرب القاسية ، وازمة الورق العاتية

بل ازمة كل شيء هي التي حالت بيننا و بين ذلك العزم فقصرناه

على اربعة اجزاء وقد عزمنا بتوفيقه تعالى ومعونته ان نجعل لهذا الجزء

الاخير ملحقا نستدرك به مافات « المجلة » من الكتب المهمة العامة

البلوى التي يحتاجها القضاة والمحامون والحكام اشد الحاجة ، وهي

مايسمونها اليوم « بالاحوال الشخصية » وان لم يتضح وجه التسمية

ولكنها اجدر جديرة بالعناية لعموم الابتلاء بها لعامة البشر وهي النكاح

وما ينضم فيه من المهور والعيوب والاولاد والنفقات وغيرها والطلاق

وما يلتحق به من الخلع والمباراة والظهار والايلاء والعدد وغيرها والوصية والدين والوقف كل ذلك على سبيل الايجاز في مواد وفصول على نهج ترتيب المجلة ـ وهذا فراغ واسع كان في ثقافتنا وفقهائنا لعل الباري اراد ان يوفقنا لسده والقيام بما فيه الكفاية منه انشاء الله وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب



جدول الخطأ والصواب

سطر	صفحة	خطأ	صواب	سطر	صفحة	خطأ	صواب
٢٥	٥	الايجاب يكون	الايجاب والقبول يكون				
١	٦	سلطة الغير	سلطة للغير	٤	..	العقل	الفعل
١٢	١٨	تفريطا	تفريط	٢٠	..	فانهما وفى	فانهما اوفى
٩	١٩	مع خمس	من خمس	١١	..	العين الموحودة	العين موجودة
٨	٢٠	الموجود نعم	الموجود صاحبه	٩	..	دلالة الحاكم	ولاية الحاكم
١٣	..	تحاكم	تحكم	٦	٢١	معزل الوكيل	بعزل الوكيل
٨	..	الاول يعزله	فينعزل بعزله	١٢	..	دلا	ولا
١٠	١٢	المعتبرة	المعتبرة هنا	٨	٢٣	فتصبح	فتصح
١٥	..	القيم	السقيم	٥	٢٥	أن يقبل	أن يقبل
٥	٢٧	غيران	غير مرة ان	١٠	..	وعليه يصح	وعلى عدمه يصح
١٦	..	تجدها	لاتجدها	٨	٢٨	درجة	من توجيه
١٠	..	البرين	البرى	١٧	..	ينصرف المتعارف	ينصرف الى المتعارف
٢٠	..	محرم	محترم	١٣	٢٩	لهوما	لزوما عقديا
٢٦	..	غرمي	غرمي	١٠	٤٩	العقل بانه	العقل يشعر بانه
٣	٥٥	الى حسب	على حسب	١٨	٦٦	كانت تركة غريمه	كانت تركته غريمه
٦	٧٣	بالتغيير	بالتفسير	٢٠	٧٥	لا ينفى	لا يبقى شئ
١	٧٦	زوج واثبات	زوج اثبات	٢	..	الافراد او	الافراد و
١٨	٧٧	او يعرف	و تعرف	٢٠	..	قبل او بعده	قبل الحكم او بعده

سطر	صفحة	خطأ	صواب	سطر	صفحة	خطأ	صواب
١٤	٨٣	متعلق حصة	متعلق حقه	٣	٨٥	لم ترتب	لم يترتب
٥	٨٦	بل نسمع	لم تسمع	٧	»	نعم اخذ عليه	نعم اخذنا عليه
٩		في جمل	في حق	٣	٨٧	صححوه له	صححواله
٩	٩٠	دفع الدفع	دفع الدين	٨	٩١	حكم اليمين	حكمه اليمين
١٣	٩٤	قاعدة تقتضي	قاعدة البينة تقتضي	١	٩٦	البالغ	البايع
٢	»	بالفه	تالفه	٨	»	لا يلزم	ولا يلزم
٩	»	ملكيته على ملكية	ملكيته فرع على ملكيته				
٩	٩٧	فلو ادعاها	ولو ادعاها				
١٠	»	ان يقول وكان	الخلل في ان يقول المدعي وكاني بقبضها وتسلمها منك				
٢٠	١٠١	فانما تقضي	البينة تقضي	٧	١٠٤	كما قربه	انما قربه
٢	١٠٥	كالفرض صح	كالفرض الذي صح	١٠	»	غيره ولا	غيره به ولا
١٣	»	لنفس	بنفس	١٥	»	شهدة لنسبة	شهدة نفسيه
١٧	»	مطالبة	مطالبته	٨	١٠٦	تداعيا	تناقضا
١٢	»	الذي رقع	الذي وقع	٩	١٠٧	التمرين	من التموين
٨	١٠٩	جائز	جائز	٨	١١٣	هو ذمة	هو في ذمة
١٥	١١٦	لانه	لانه	٧	١١٧	لانها	لانهم
١٤	»	اسوه	سوء	٥	١٢٠	كانت فلا	كانت غاية
١	١٢٦	شهداء ولو	شهداء لله ولو	٥	١٣٦	الذمة	الحرمة
٥	١٣٩	التقييد	التنفيذ	١٠	١٤٧	له لو	له ولو

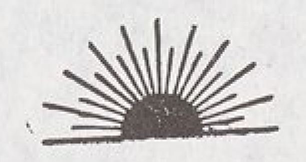
صفحة	سطر	خطأ	صواب	صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٥٠	٧	يذوده	منذوده	...	٢٠	والثانى ان يعترف	والثانى يعترف
١٥١		وقد يجعل من باب	هذا زايد الى قوله و الظابط				
١٥٣	٨	فان بينه منفردة حكم منفردة	فان كانت بينه منفردة حكم بها				
١٦٠	٤	انه	ان الخارج	١٦٤	١٤	مقتضى	هل تقتضي
١٧١	٧	ان من	انها من				
...	١١	فيكون ملكا للمرأة	قد يكون ملكا للمرأة وفي خزانتها				
١٧٤	٣	اعتضاءها	اعتضادها	١٧٥	٩	اشتهت	اشتبهت
١٧٨	٤	على واسط الطلب	على اواسط الطلبة				
١٨١		الاخير	لم يجدها لم نجدها	١٨٣	٩	لا يحل الا	لا يحل فيه الا
١٨٤	١٣	ولاماس	ولاباس				
١٩٢	١٢	ولا يجوز له الا	ولا يجوز نقضه الا				
١٩٣	١	استند	اذا استند	...	١٢	يعذروه	نفذوه
١٩٤	١٣	لتخيير المشهود	للخبر المشهور	١٩٥	٦	اطراء العمل	باطراد العمل
١٩٧	١	فحكمه بنفوذ حكمه	بل لازم — نفوذ حكمه				

استدراك

تقدم في مادة ﴿ ١٧٨٤ ﴾ صفحة ﴿ ١٧٩ ﴾ من هذا الجزء و مادة ﴿ ١٧٨٦ ﴾ ان الحكم عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وذكرنا فيما سبق هذه المادة ان الحكم هو القول الصادر لحسم الخصومة و كلا التعبيرين غير سديد لا نهما يشعران بان الحكم

مخصوص بما تسبقه خصومة مع ان الحكم اعم من ذلك ولا يلزم في حقيقته تحقق خصومة معه كما في الحكم بالاهلة و النسب والوقف في بعض فروضه و كثير من امثال ذلك ، فلا صح في الاشارة الى حقيقة الحكم وجوهر معناه العام انه تشخيص موضوع او وصف ذي اثر شرعي ممن له اهلية ذلك شرعا ،

فالحكم بالهلال مثلا تشخيص موضوع ذي اثر شرعي وهو ان اليوم المعين هو اول يوم من شهر رمضان فيجب على الناس صيامه او انه اول يوم من شهر شوال فيجب عليهم افطاره و يحرم صيامه ، و كذا الحكم بان الشخص المعين هو ابن فلان فيرث كل منهما الآخر الى كثير من امثال هذا مما لا خصومة فيه أصلا ، وكذلك الحكم فى موارد الخصومة كما لو حكم ان هذا المال لزيد والدار لعمر و بعد التخاصم او ان خالد مشغول الذمة لفلان بالف دينار وهكذا سائر موارد الخصومة والحكومه فان مرجع الجميع الى تعيين موضوع او وصف موضوع سواء قارنته او سبقته خصومة ام لا فتدبره جيداً



فهرست ابواب الجزء الرابع من كتاب تحرير المجلة

كتاب الوكالة

صفحه

كتاب الصلح والابراء

كتاب الاقرار

المجلد الخامس

ملحق

تحرير المجلة

وهو يتضمن الاحوال الشخصية

النكاح ، الطلاق ، العدد ، النفقات ، الاولاد

الدين ، الوصية ، الوقف

من تأليف

امام المسلمين اية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دام ظله

طبع في المطبعة الحيدرية في النجف الاشرف سنة ١٣٦٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله و كفى وسلام على عباده الذين اصطفى

« و بعد » فهذا هو [الجزء الخامس] الذي عزمنا بتوفيقه تعالى ان نلحقه بالاجزاء الاربعة التي استوفينا بها « تحرير المجلة » و يتكفل هذا الجزء ايضا بما لم تذكره المجلة اصلا و يستدرك مافاتها من عقود الانكحة والطلاق واقسامه واحكامه والعدد والنفقات وانواعه وتوابعه كالظهار واللعان والايلاء ثم الوصية والدين والوقف ، اذاً فهو يشتمل على خمسة كتب « ١ » النكاح « ٢ » الطلاق وانواعه وتوابعه « ٣ » الدين « ٤ » الوصية « ٥ » الوقف

كتاب النكاح

تمهيد ومقدمة في مبدأ الحياة العائلية وتكوين الاسرة

من المعلوم لكل ذي لب ان مبدأ الحياة الزوجية هو اقتران الرجل بالمرأة وبه تتكون الاسرة و بالاسرة تتكون الامة و بالامم

تتكون القافلة البشرية .

وحذراً من الانتشار والفوضى وضياع الغرض المقصود منه جعلت له الشرايع السماوية حدودا وقيودا كي لا يكون ذلك الاقتران عطلا كقران البهائم تضيع فيه الانساب ولا تتكون الاسر منه والعائلات فاللازم « اولا » معرفة حقيقة هذا القران وجوهر معنى الزواج باسلوب بكر لم يسبق اليه ، فنقول : لعل اصح تعبير واقربه الى الكشف عن هذه الحقيقة الغامضة والعلاقة الخاصة ان يقال : انها كمال ثانوي طبيعي للانسان ، وايضاح هذا يحتاج الى فضل بيان ــ هو ان الانسان ذكرا كان او انثى يكاد يكون بالنظر الى وجوده الشخصي وهيكله المحسوس قد خلق ناقصا في حد ذاته يعني خلق نصفا خداجا ، وشقا محتاجا ، فهو لاجل الغاية التي خلق من اجلها في حاجة ماسة الى شق آخر يستكمل به ويعتدل بانضمامه اليه كي يحصل له بذلك الاعتدال والتوازن فهو مثل كفة الميزان واحد مصراعي الباب مالم يقترن بالكفة الثانية والمصراع الآخر لاينال حظه من التوازن والاستقامة ، ولا يترتب عليه الفائدة والثمرة المقصودة منه فاعتداله وتوازنه منوط بضم عدله اليه واقتران شقه الثاني به حتى يكمل وجوده ، ويعتدل وزنه ، والا بقي شقا مائلا ، ونصفا عاطلا ، ولاجل ان يندفع الى طلب استكماله ويرغب ويجتهد في تحصيل اعتداله ــ اودع الصانع الحكيم في غريزة نوعه تلك الحالة الغريبة بل الجذوة الملتهبة الى القران الجنسي

المودع في غريزة كل حيوان بل كل حي فضلا عن الانسان ، ولكن الانسان بالاخص لايكمل ولا يتم الا بتلك العلاقة والاضافة التي هي من مقولة (الجدة) من المقولات العشر المعروفة وليست الحكمة والغاية من الاقتران للانسان هى حفظ النوع و بقاء النسل فقط كما يقال بل هو احد الغايات كما في سائر الحيوانات بل هنا مالا يقل عن هذه الغاية — نعم هنا غاية سامية اخرى وهي ان الانسان الذي يقولون انه مدني بالطبع — اشد مايحتاج الى التعاون طلبا للحياة السعيدة ولا يحصل ذلك الا بالأسرة والعائلة اذاً فالزوجية سعادة الحياة ، و كمال طبيعي للانسان ، ومن هنا نجد عامة الشرائع السماوية فضلا عن اندفاع عامة البشر بطباعها اليه ـ قد ندبت اليه وجعلته ناموسا من نواميسها واصلا من اصولها بين مغال جعله واجبا كما عن الموسوية ، و متساهل به كما نرى من المسيحية التي جعلت الرهبانية والتبتل وعزلة احد الجنسين عن الآخر عبادة وزلفى وحفظ الله الشريعة الاسلامية المقدسة فقد جائت وسطا بين هاتيك الشريعتين كما هو شأنها في كل تشريعاتها واحكامها فلم تجعل له حكما عاما باتا بل اعطت كل فرد حريته حسب ظروفه واحواله الشخصية فقد يكون راجحا في حق واحد الى حد الوجوب وفى حق آخر مرجوحا الى حد الحرمة وقد يكون لآخرين مستحبا او مكروها ، ولا تحسبان حرمته او وجوبه او رجحانه تثبت له من حيث ذاته وحسب صرف طبيعته فان حكمه من هذه الناحية الرجحان

ابدا ، وانما تتعاور عليه تلك الاحكام من حيث العوارض والاحوال المكتنفة بالشخص الخاص فلا يحرم الا على العاجز الذي لا يقدر على اعاشة عياله وهو مع ذلك غير شديد الرغبة ، او المريض بالامراض السارية الذي قد تنشأ منه اسرة تضر بالمجتمع فيمنع من التوالد دفعا للضرر العام ، كما انه لا يجب الا على الشخص الصحيح المتمكن الذي يخشى لو ترك عقد النكاح ان يقع في السفاح ، وهناك البلاء المبرم عليه وعلى الامة به ، [عافى الله شبابنا من ذلك البلاء ، وحرسهم من تلك الادواء] اما اذا تجرد من تلك الخصوصيات فهو راجح شرعا وعقلا باعلى مراتب الرجحان ، ومن هنا تعرف ان الزواج يقع برزخا بين المعاملات والعبادات فمن حيث انه محبوب لله عز شأنه وقد حث عليه بل امر به الكتاب العزيز والسنة النبوية التي تقول : من تزوج حفظ نصف دينه بعد قوله تعالى : وانكحوا الايامى منكم ، وانكحوا ما طاب لكم من النساء ، فهو عبادة ومن حيث لزوم العقد فيه وجواز الفسخ بالعيوب ولزوم المهر والنفقة وحلية الاستمتاع بازاء ذلك اشبه المعاوضات والمعاملات وان لم يكن منها تماما ، وظهر ايضا من كل هذا ان عقد النكاح والطلاق الذي هو حلّ له متعاكسان من حيث ذاتهما حكما فذاك محبوب ابدا وهذا مبغوض ابدا ولا يقع شيء منهما مباح ابدا اي لا يقع واحد منهما بحد الوسط بل كل منهما اما راجح واجبا او مستحبا ، او مرجوح حراما او مكروها ؛ وفرض التعادل بالكسر والانكسار نادر بل معرفته مستحيلة

عادة ، وعلة الحدوث علة البقاء طبعا فافهم

وماذكرناه في التعبير عن تلك النسبة الخاصة بانها كمال طبيعي للانسان لم نجده لاحد مع انه حقيقة ارتكازية ؛ وقد عرفت ان الشرايع السماوية جعلت لحدوث تلك العلاقة اسبابا خاصة اذا لم تنتظم بحدود وقيود جائت الفوضى وانحلت روابط الهيئة الاجتماعية وتداعت دعائم امن اسها ، وعاد الانسان بهيمة والشرائع تريد ان تجعله ملاكا ، فلا بد اذاً لحصول تلك العلاقة الخاصة التي يصير بها الفرد زوجا ، والانسان الناقص كاملا — من اسباب خاصة تكون كالعلة الموجدة كما ان لها بعد تحققها ووجودها احكاما تترتب عليها تكون كالعلة المبقية لها ، ولا تتحصل تلك الاضافة الخاصة بين الحر والحرة الا بالزواج وعقد النكاح اما بين غيرهما فتحصل به و بسبب آخر وهو ملك اليمين اذاً فحلية الوطأ لاتحصل شرعا الا بامرين الزواج - والملك : والحافظون فروجهم الا على ازواجهم اوما ملكت ايمانهم ، ولكل واحد منهما مرتبة قوية . واخرى ضعيفة ، فمرتبة النكاح الضعيفة - العقد المنقطع ، ومرتبة الملك الضعيفة التحليل وكل منهما ثابت بالدليل ، وقد اقمنا في مؤلفاتنا الشهيرة المنشورة البراهين القاطعة على مشروعية العقد المنقطع بآية : فما استمتعتم به منهن وعدم نسخها لا بكتاب ولا سنة ، نعم ومرتبة النكاح القوية هو العقد الدائم كما ان مرتبة الملك القوية هو ملك الرقبة ، وحيث ان ملك اليمين موقوف على الرق وقد ابطلوه في هذه العصور ولا يقع

الا نادرا وكان في زمن التشريع كثيرا ومن اجله كثر يومئذ اتخاذ الاماء والجواري ، واقتناء امهات الاولاد والسراري ، واتسع ذلك باتساع الفتوح الاسلامية ، وبالطبع ان كثرة الابتلاء تستدعي كثرة الاحكام ومن هنا تكثرت الفروع في الشرع وتوفرت الاحكام للعبيد والجواري وعقد الفقهاء لذلك ابوابا وكتبا مطولة وابحاثا مفصلة ، مثل كتاب نكاح الاماء والعقد عليهن والوطئ بملك اليمين والتحليل واحكام امهات الاولاد وكتاب التدبير والعتق والمكاتبة وما الى ذلك من مهمات كتب الفقه التي لاموضوع لها اليوم الا من ناحية علمية ، لاتصل الى ناحية عملية ، واصبح البحث عنها اشبه بالفقه التاريخي وحيث اننا لا نريد بكتابنا الا مايحتاج اليه في مقام العمل لم نتعرض لذكر شيء منها الا ما يجيء عفوا ويأتي استطرادا اذاً فالمهم من كتاب النكاح نوعاه الدائم ـ والمنقطع فههنا ثلاث مراحل

المرحلة الاولى

﴿ في الاحكام المشتركة بين النوعين ولا بد من تمهيد مقدمة ﴾

اعلم ان لفظ الزواج والنكاح صار كل واحد منهما عند الشرع والمتشرعة اسما للعقد الذى تحدث منه تلك العلقة الخاصة التي يعبر عنها بالزوجية ، ومن هنا قيل ان كل ماورد في القرآن لفظ

النكاح وما يشتق منه فالمراد به العقد الا في قوله تعالى : فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فان المراد منه الوطئ عن عقد ، ومعنى هذا ان النكاح صارت له حقيقة شرعية في العقد بحيث متى اطلق او وجد مستعملا في الكتاب والسنة يحمل على العقد الا ان تقوم قرينة على خلافه من آية او رواية او اجماع كما في الاية المتقدمة والقرينة اعم من المتصلة والمنفصلة ، وسواء صحت تلك الكلية ام لا فقد وهم بعض اهل العصر فى محاضرات له فجعل المراد من النكاح في قوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم هو الوطأ والمراد منه في قوله تعالى : حتى تنكح زوجا غيره هو العقد ـ مع ان القضية معكوسة اتفاقا ...

وحيث اتضح ان النكاح هو العقد فاللازم ذكر صيغته والفاظه وشروطه واقسامه واحكامه وما يترتب عليه من الآثار المشتركة بين نوعيه اعني العلاقة المرسلة المطلقة وهي الزوجية الدائمة والعلاقة المقيدة المحدودة وهي الزوجية المنقطعة اي المتمتع بها واستيعاب البحث في العقد يستدعي النظر في اركانه العاقد والمعقودة والمعقود له اما المهر فليس من اركان العقد بل في حاشيته ومن لوازمه ففي هذه المرحلة فصول .

* * *

الفصل الاول

في العقد

« ١ » عقد النكاح عبارة عن الايجاب من طرف الزوجة والقبول من طرف الزوج وصيغته المتفق عليها زوجت او انكحت و يصح عند الامامية بصيغة متعت و يشترط فيها وقوعها بهيئة الماضي ومع قصد الانشاء والتنجيز والمطابقة بين الايجاب والقبول والموالات بينهما والاختيار « ٢ » لا يقع عقد النكاح بالمعاطات قطعا بل هو الزنا المحض « ٣ » تقوم اشارة الاخرس مقام العقد اذا كانت مفهمة من مراده « ٤ » لا ينعقد عقد النكاح بالهبة والتمليك والاباحة والاجارة ولا بشيء من العقود مهما كانت .

« ٥ » لا يلزم تقدم الزوجة بالايجاب او من يقوم مقامها بل يصح ان يقول تزوجتك بكذا فتقول قبلت (٦) المشهور اعتبار العربية في العقد فلا تكفي الترجمة مهما كانت وهذا هو الاحوط وان كان الاقوى صحة عقد كل قوم بلسانهم .

الفصل الثاني

في العاقد

« ٧ » يشترط في طرفي العقد ان يكون كل واحد منهما

سواء كان موجبا او قابلا لنفسه او لغيره عاقلا بالغا قاصدا مختارا ان كان لنفسه غير محرم ولا عابث ولا هازل ﴿ ٨ ﴾ لا يعتبر في العاقد من حيث اجزاء صيغة العقد رشد ولا اختيار ولا حرمة ولا ذكورية فيصح عقد السفيه لغيره مطلقا ولنفسه باجازة الولي كما يصح عقد المكره على اجراء العقد لغيره وكذلك عقد العبد اما عقده لنفسه فموقوف على اجازة المالك ، وللمرأة ان تعقد لنفسها ولغيرها ﴿ ٩ ﴾ للموجب ان يرجع عن ايجابه قبل لحوق القبول فلو رجع فلا اثر للقبول بعده وكذا لو جن او اغمي عليه ، والايجاب قبل اتصال القبول به كالعقد الجائز بعد تمامه يجوز نقضه اختيارا وينتقض بالجنون والاغماء قهراً وبالنوم والغفلة على الاحوط ، كما ان الاحوط بقاؤهما معا على الشرائط الى تمام العقد .

ثم ان العاقد ان عقد لنفسه فتلك الشرايط كافية وان عقد لغيره فاما ان يكون وليا او وكيلا او اجنبيا ففي هذا الفصل ثلاثة مقاصد

﴿ الاول في اولياء العقد ﴾

﴿ ١٠ ﴾ اولياء العقد في الدرجة الاولى الاب والجد للاب معا ان كانا موجودين والا فالموجود منهما وفي الدرجة الثانية منصوبهما وفي الثالثة اي عند فقد الجميع فحاكم الشرع .

﴿ ١١ ﴾ الاب والجد ولي اجباري بجعل المهر ولكن بشرط ان يكونا عاقلين رشيدين مسلمين حرين فلو كان احدهما سفيها او مجنونا او كافرا اختصت الولاية بالآخر ولو كان احد الموانع في كل واحد

منهما فالولاية لحاكم الشرع .

« ١٢ » ولاية الاب والجد انما هي على الصغير بن مطلقا فلو بلغ الصبي عاقلا رشيدا زالت ولايتهما عنه ولو عرضة الجنون بعد ذلك او السفه كانت الولاية عليه لحاكم الشرع وكذا الصبية .

[١٣] الكبيرة اذا كانت عاقلة رشيدة فان كانت ثيبا فلا ولاية لاحد عليها وان كانت ثيبا فاقوال الفقهاء فيها كثيرة من حيث زوال ولاية الاب والجد عليها وعدم زوالها واصحها ان صحة العقد موقوف على رضاها ورضا وليها فلا يصح الا برضاهما معا ولو تشاحا فحاكم الشرع .

« لايجوز للولي ان يعضل الكبيرة مطلقا اى يمنعها من التزويج بالكفو نعم له منعها من المتعة ان كان غير لائق بشأنه .

« ١٥ » ولاية كل من الاب والجد مستقلة فلو سبق احدهما بالعقد الصحيح نفذ وليس للآخر فسخه ولو اقترنا بطلا معا مع التنافي

« ١٦ » ولاية الاب والجد اشبه بالحكم فلا تسقط بالاسقاط ولا تقبل الانتقال بالمصالحة عليها بمال نعم يصح فيها التوكيل من كل واحد منهما في حياته كما يصح نصب قيم عليه بعد وفاتهما فان عدل ثبت والا عزله الحاكم ونصب غيره .

« ١٧ » حاكم الشرع هو الولي على الصغيرين حيث لا ولي اجباري ولا منصوبه فان شاء الحاكم ان يتولى امرهما بنفسه جاز والا نصب قيما عليهما واذا وجد الغبطة في العقد لهما صح .

(١٨) المشهور عند الفقهاء ان عقد الولي للصغير لازم فاذا بلغ ليس له فسخه مطلقا وعندنا انه انما يلزم مع الغبطة للصغير فلو بلغ او بلغت ووجدت عدم المصلحة له او لها في ذلك العقد رفعت امرها الى الولي العام فان اثبتت ذلك كان لها او له الفسخ ولا مهر لانه فسخ لا طلاق .

ولاية المولى على مملوكه

(١٩) المالك له الولاية على مملوكه عبدا او جارية وولايته مقدمة حتى على ولاية الاب والجد والحاكم من غير فرق بين الذكر والانثى وهي ولاية سلطنة وقهر اما بقية الاولياء فولايتهم ولاية غبطة ومصلحة ورعاية وحسبة حتى الابوين فليس لهم التزويج الا بمهر المثل فما زاد من طرف الزوجة او نقص من طرف الزوج مع رعاية الغبطة والمصلحة بخلاف المولى مع مملوكه :

« المقصد الثاني في الوكيل »

[٢٠] يصح للذكر والانثى او وليهما ان يوكلا معا او احدهما اجنبيا على العقد فان عينا شخصا او مهراً او وقتا او شرطا تعين عليه ماعيناه ولو اخل بشيء منه وقع فضوليا ، وان كانت الوكالة مطلقة والامر مفوض اليه لزم عقده كيف ما اوقعه وليس للموكل نقضه الا اذا كان بدون مهر المثل او خلاف المصلحة لان الاطلاق

ينصرف الى الصالح .

(٢١) يلزم على الوكيل هنا تعيين الزوج والزوجة في متن العقد لانهما الركنان كما يلزم تعيين الثمن والمثمن في البيع اما المهر فان عينه احدهما او كلاهما تعين ذكره في العقد ايضا والا فله أن يعينه حسبما يرى اذا لم ينقص عن مهر المثل « ٢٢ » صيغة العقد بالوكالة ان يقول الوكيل عن الزوجة للزوج زوجتك موكلتي فلانة على مهر كذا فيقول قبلت الزواج لنفسي بالمهر المذكور وان كان العقد مع وكيل الزوج يقول زوجت موكلتي فلانة من موكلك فلان على مهر كذا فيقول قبلت لموكلي فلان بالمهر المزبور ولو قال قبلت وقصد لموكله ولم يذكره لفظا فالاقرب الصحة .

« ٢١ » للموكل زوجا او زوجة ان يعزل الوكيل قبل ان يوقع العقد اما بعد وقوعه فلا اثر للعزل « ٢٢ » لو وكل احدهما على العقد من شخص معين ثم عقد الموكل نفسه على غيره صح و بطلت الوكالة طبعا « ٢٣ » لا يجوز في الوكالة المطلقة ان يتزوجها الوكيل الا مع القرينة على الرضا او عموم في اللفظ والا فهو فضولي موقوف على الاجازة و يجوز هنا اتحاد الموجب والقابل كما في غيره من العقود « ٢٤ » اذا زوجها احد الوكيلين من شخص والآخر من آخر صح السابق وان اقترنا بطلا مع التنافي والا تأكد ومع الشك فقيل بالبطلان وقيل بالقرعة ، والطلاق ثم تجديد العقد هو الاحوط :

المقصد الثالث

في الفضولي

« ٢٥ » كل عقد صدر من غير الزوج والزوجة ولا من وليهما او وكيلها فهو فضولي يتوقف على اجازة المعقود له فان اجاز صح والا بطل « ٢٦ » يشترط التطابق بين العقد والاجازة فلو وقع العقد على مهر والاجازة على مهر آخر اووقع على شرط فاجازه بشرط آخر او بغير شرط لم يصح « ٢٧ » يشترط في العاقد الفضولي جميع الشروط المتقدمة في مطلق العاقد من البلوغ والقصد والعقل وغيرها فلو فقد واحداً منهالم يصح ولم تنفع الاجازة « ٢٨ » لو زوج بزعم كونه وكيلا او وليا ولم يكن كذلك واقعاً لم ينفذ عقده الا بالاجازة ولو عقد بزعم كونه فضوليا فانكشف انه ولي اووكيل نفذ بلااجازة

الفصل الثالث

في المعقود له

(٢٩) المعقود له زوجا او زوجة ان كان كبيراً اعتبرت فيه بقية الشرائط من العقل والرضا والاختيار وغيرها وان كان صغيراً والولي يعقد له لم يعتبر فيه شيء بل يكفي اجتماع الشروط

في الولي والعاقد نعم يعتبر في الزوجين مطلقا شروط اخرى (٣٠) اهم الشروط بين الزوجين عدم وجود سبب من اسباب الحرمه بينهما واسباب التحريم كثيرة اعظمها واهمها ثلاثة ـ النسب ـ المصاهرة الرضاع اذاً فههنا ثلاثة مقاصد .

المقصد الاول

(في النسب)

قال جل شأنه . وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً والنسب علاقة تحدث بين اثنين بسبب تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث والمحرم منه هو العناوين السبعة المذكورة في كريمة قوله تعالى . حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم و بنات الاخ و بنات الاخت .

(٣١) الام كل امرأة ولدتك او ولدت من ولدك فتدخل الجدات من الطرفين وان علون « البنت » كل انثى ولدتها وان نزلت (الاخت) كل انثى ولدها من ولدك بلا واسطة ،،، (العمة) اخت كل ذكر ولدك وان علا « الخالة » اخت كل انثى ولدتك وان علت ، و (بنات الاخ و بنات الاخت) الاناث اللاتي ولدن ممن ولد معك وان نزل ، والضابطة المختصرة الجامعة لهذه العناوين ان تقول : يحرم على الانسان كل قريب له الا بنات العمومة والخؤلة (٣٢) يكفي في تحقق النسب هنا اي في باب التحريم مجرد الولادة

ولو عن زنا فلو ولدت بنت من الزنا حرمت عليه كبنته من الحلال لانها خلقت من مائه وكذا سائر العناوين المتقدمة ولا يثبت بالزنا شيء من آثار النسب غير هذا .

« المقصد الثانی »

﴿ فی المصاهرة ﴾

(٣٣) المصاهرة علاقة تحدث بين شخص وجماعة آخرين بسبب العقد فقط او هو والدخول و يحرم به مؤبداً دواما وانقطاعا ثلاثة اصناف (١) زوجة الاب وان علا لام او اب على الابن وان نزل لابن او بنت (٢) زوجة الابن على ابيه ﴿ وحلائل ابنائكم من اصلابكم ﴾ اي دون من يتبناه الرجل من اولاد غيره ـ العادة التي ابطلها الاسلام (٣) ام الزوجة وان علت لاب او ام .

﴿ ٣٤ ﴾ يحرم مؤبداً بالعقد مع الدخول صنف واحد وهو الربيبة اي بنت زوجته من غيره فلو عقد على الام وفارقها قبل الدخول لم تحرم عليه بنتها لقوله تعالى : ور بائبكم اللاتي فی حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم

﴿ ٣٥ ﴾ يلحق بالمصاهرة الوطأ فتحرم ام الموطوئة و بنتها على الواطی ولو بالزنا فمن وطیٔ امرأة بشبهة او زنا فليس له ان يتزوج امها او بنتها وليس لابنه ولا لابيه ان يتزوجها ، اما مملوكة الاب فلا تحرم على الابن وكذا العكس اذا لم يكن قد وطأ او لمس او

نظر بشهوة بنحو الاستفراش ﴿ ٣٦ ﴾ انما يحرم الوطأ اذا سبق العقد اما لو لحقه فلا اثر له فمن تزوج امرأة ثم زنى بها ابوه او ابنه او زنا هو بامها او بنتها او وطأ اخاها اثم اثما فظيعا ولكن لا تحرم زوجته عليه لقاعدة ﴿ الحرام لا يحرم الحلال ﴾ بخلاف الرضاع كما سيأتي وسر الفرق دقيق ﴿ ٣٧ ﴾ لافرق فى الوطأ المحرم هنا بين الوطأ فى القبل او الدبر وفى النوم او اليقظة والاختيار او الاضطرار حلاله او حرامه كالوطئ فى الحيض او الاحرام مع بلوغها وعدمه .

«المقصد الثالث»

﴿ فى الرضاع ﴾

(٣٨) المذكور من الرضاع فى الكتاب الكريم نوعان (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) ولكن السنة النبوية ضربت فى الرضاع قاعدة كلية وهى من جوامع الكلم .

﴿ الرضاع لحمة كلحمة النسب ﴾

واوضحته بفريدة اخرى .

﴿ يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ﴾

فالأول ناظر الى جعل الموضوع والثاني الى الحكم فتدبره .

« ٣٩ » اختلف ارباب المذاهب فى المقدار المحرم من الرضاع اي الذي يحصل به العنوان الرضاعي المماثل للعنوان النسبي من

العناوين السبعة – بين مقل ومكثر فبين من اكتفى بالمسمى وقدره بما يفطر به الصائم ولكن لاقائل بهذا من الامامية نعم ينسب الى الاسكافى من قدماء اصحابنا المتوفى سنة ٣٨١ الاكتفاء فى التحريم برضعة واحدة وفى أخبارنا مايشهد له بل للاعم ولكن انعقد الاجماع على عدم نشر الحرمة باقل من العشر فقيل عشر رضعات كاملات متواليات وقيل خمسة عشر رضعة وقيل غير ذلك « ٤٠ » الشارع الحكيم جعل للرضاع المحرم ثلاث علامات « الكم » وهو العدد الخاص عشرة وهو الاحوط وخمسة عشر رضعة وهو الاصح « الكيف » وهو ماشد العظم وانبت اللحم وتشخيصه موكول الى العرف « الزمان » وهو يوم وليلة – فمتى حصل احدى هذه الحالات انتشرت الحرمة ولكن بشروط خاصة « ٤١ » يلزم ان يكون اللبن عن حمل من نكاح صحيح فلو در اللبن من غير حمل او عن حمل من نكاح غير صحيح شرعا فلا حرمة « ٤٢ » ان يمتصه الرضيع من الثدي مباشرة فلو شربه من غير الثدي فلا اثر له مهما كان « ٤٣ » ان يكون الرضاع فى حولي المرتضع فلا اثر له بعد الحولين اصلا ؛ اما ولد المرضعة فلا يعتبر فيه ذلك وفى النبوي : لا رضاع بعد فطام ولا يتم بعد احتلام « ٤٤ » اتحاد الفحل فلو رضع من امرأة واحدة مقدارا واكمل النصاب منها من لبن فحل آخر لم يحرم « ٤٥ » اتحاد المرضعة فلو ارتضع من مرضعتين ولو كان من لبن فحل واحد فلا حرمة « ٤٦ » توالي الرضعات ان لا يفصل بين رضعة

واخرى رضاعه من امرأة اخرى ولا يقدح الفصل بالاكل والشرب « ٤٧ » ان تكون كل رضعة كاملة يرتوي بها الصبي وان تكون خالصة لم يمتزج معها شيء فلو مازجها مائع آخر حال الارتضاع لم يؤثر « ٤٨ » اذا تحققت الشرائط المزبورة تحقق الموضوع وهو العناوين الرضاعية المطابقة للعناوين النسبية فصار الفحل ابا والمرضعة اما وبناتهما اخوات واولادهم اخوة الى آخر ماتقدم فى النسب من العم والعمة وغيرها ثم تجيء الأحكام وهي حرمة النكاح كما فى النسب « ٤٩ » يترتب ايضا حكم آخر لا من جهة العنوان النسبي بل لدليله الخاص وهو انه يحرم على اب المرتضع جميع بنات صاحب اللبن وهو غير اب لهن بل اب لأخيهن وليس هو من العناوين النسبية وفى بعض الاخبار التعليل بانهم صاروا بمنزلة ولدك ، وكذا لا ينكح اب المرتضع فى اولاد المرضعة ولادة على الاصح ورضاعا على قول « ٥٠ » لا يحرم على اخوة المرتضع نسبا اخوته الرضاعيون اذلا اخوة بينهم وانما هم اخوة اخيهم وليس هو بعنوان نسبي الا على عموم المنزلة « ٥٢ » لو رضع غلام من لبن فحل الرضاع المحرم وارتضع آخر منها من لبن فحل آخر حرم كل من الرضيعين على المرأة واصولها وحواشي نسبها وعلى الفحل الذي رضع من لبنه كذلك لكن لا يحرم احد الرضيعين على الآخر لعدم اتحاد الفحل فالأخوة من الام الرضاعية لا توجب التحريم وان اوجبته من ناحية الأب الرضاعي فلو ارتضعا من لبن فحل واحد نشرت الحرمة بينهما وان كان رضاعهما من زوجتيه

اذا اكمل كل منهما نصابه من واحدة وهذا معنى قولهم (اللبن للفحل) (٥٢) اذا ارتضع صبي من امرأة الرضاع المحرم من لبن فحل واحد حرم عليه اولادها النسبيون ولو من فحل آخر لانهم اخوته من امه دون الرضاعيين من الفحل الآخر فاخوة الأمومة تحرم نسبا لا رضاعا الا على عموم المنزلة (٥٣) بناء على قاعدة لا ينكح اب المرتضع فى اولاد صاحب اللبن ـ لو ارتضع الطفل من لبن جده لأمه سواء كان من جدته لامه او غيرها حرمت امه على ابيه لانها من اولاد صاحب اللبن الذي ارتضع منه ، وقد عرفت ان الرضاع سابقه ولاحقه سواء فى التحريم فيحرم حدوثا واستدامة (٥٤) اذا شك فى تحقق الرضاع المحرم لشبهة حكمية او موضوعية فلا اثر له حتى يحصل اليقين بتحققه بجميع حدوده وقيوده بالمشاهدة او البينة او بشهادة اربع نساء او رجل وامرأتين او اقرار المرضعة وتعدية الحكم الى غيرها باقرارها لايخلو من نظر ، ، ،

هذا موجز من اهم اسباب التحريم المؤبد وهى النسب والمصاهرة والرضاع التي جمعتها كريمة « حرمت عليكم امهاتكم الى قوله تعالى وحلائل ابنائكم من اصلابكم » ،،، وهذه الآية من شموس البلاغة فانها لم تقتصر على ذلك حتى ذكرت حرمة الجمع ايضا وان تجمعوا بين الاختين و بقي عدة امور اخرى من اسباب التحريم نذكرها ضمن المواد الآتية « ٥٥ » طلاق الزوجة تسع طلقات يتخللها نكاح زوجين في الطلقة التاسعة تحرم عليه مؤبداً

« ٥٦ » وقوع الملاعنة بين الزوج والزوجة يوجب التحريم المؤبد ايضا كما سيأتي في محله « ٥٧ » وطأ الذكر رجلا كان او غلاما يوجب تحريم الزواج بامه وان علت و بنته وان نزلت واخته مؤبدا اذا سبق العقد اما اللاحق فالحرام لايحرم الحلال « ٥٨ » من عقد على صغيرة فوطأها قبل التسع فافضاها حرمت عليه ابدا و بقيت على زوجيته وعليه نفقتها الى ان تموت « ٥٩ » من عقد على امرأة في عدتها فان وطأها فى العدة حرمت عليه ابدا عالما كان او جاهلا وسواء كانت العدة رجعية او غيرها وان لم يطأها فان عقد عليها مع علمه انها في العدة حرمت عليه ايضا ابدا وان كان جاهلا لم تحرم عليه وله ان يعقد عليها ثانيا بعد خروجها من العدة و كذلك العقد على ذات البعل والزنا بذات العدة او ذات البعل كل ذلك موجب للتحريم الابدي « ٦٠ » يحرم على المحرم ان يعقد على امرأة محلة كانت او محرمة و يحرم على المحرمة ان تعقد نفسها في الاحرام على محل او محرم فلو عقد المحرم عالما حرمت عليه ابدا وله مع الجهل اعادة العقد بعد الاحرام .

الفصل الرابع

في اسباب التحريم الغير المؤبد

وهي اما مقيدة . او موقتة . او حرمة جمع ، فههنا ثلاثة انواع

﴿ الاولى حرمة الجمع ﴾

[٦١] يحرم الجمع بين الاختين بالعقد مطلقا دائما او منقطعا فلو عقد على امرأة لم يصح ان يعقد على اختها حتى يطلقها وتخرج من العدة ان كان رجعيا و يجوز جمع الاختين بالملك لكن لو وطأ واحدة حرمت عليه الثانية حتى يخرج الاولى عن ملكه .

﴿ ٦٢ ﴾ يحرم ان يجمع بين خمس زوجات بالدايم فلو كان عنده اربع بطل العقد على الخامسة حتى يطلق واحدة منها وتخرج من العدة ان كان رجعيا اما المنقطع وملك اليمين فلا حد لها .

[٦٣] لو اسلم الكافر على اكثر من اربع تخير اربعا وحرم عليه الزائد .

﴿ الثانية الموقتة ﴾

﴿ ٦٤ ﴾ اذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات بينها رجعتان حرمت عليه في الثالثة موقتا الى ان يعقد عليها غيره و يطأها فان طلقها الثاني حلت بالعقد ثانيا على الاول .

﴿ الثالثة الحرمة المقيدة ﴾

﴿ ٦٥ ﴾ لا يجوز للحر ان يتزوج المملوكة الا بشرطين عدم الطول اي عدم القدرة على زواج الحرة ، وخوف العنت اي المشقة كما في الآية الشريفة ومع عدم الشرطين فقيل يجوز مطلقا وقيل بالتفصيل فيجوز متعة لا دواما وهو حسن .

(٦٦) يحرم عقد الامة على الحرة الا باذن الحرة فلو عقد بدونه كان للحرة الخيار بين اجازته وفسخه وليس لها فسخ عقد نفسها اما العكس وهو دخول الحرة على الامة فهو جائز فان كانت الحرة عالمة فلا خيار لها وان كانت جاهلة ثم علمت بعد العقد تخيرت بين فسخ عقد نفسها و بين الصبر على البقاء مع الامه وليس لها فسخ عقد الامة ولا يجب عليه اعلامها بانه متزوج بامة فلو اخفاه عليها ابدا صح ولا اثم ولو اقترن عقد الحرة والامة كان حكمه حكم سبق الامة .

(٦٧) لا يجوز عقد بنت اخ الزوجة او بنت اختها الا برضا العمة والخالة وان علتا حرتين او امتين او ملفقتين عالمتين اوجاهلتين او مختلفتين دائمتين او منقطعتين مسلمتين او كافرتين او مختلفتين نسبيين او رضاعيين ، ولو اقترن العقد ان نفذ عقد العمة وتوقف الثاني على رضاها ، ولو سبق عقد بنت الاخ او الأخت جاز ادخال العمة او الخالة عليها ولا خيار للداخلة ولا المدخول عليها لا في عقد نفسها ولا في عقد الاخرى .

[٦٨] اعتبار الحكم اذن شرعي لاحق شخصي فلا يسقط بالاسقاط نعم لو اشترطه ضمن عقد العمة والخالة صح وكان كالاذن منهما

ـ ٦٩ ـ لو طلق العمة او الخالة فان كان بائنا جاز العقد على بنت الأخ والاخت بغير اذن وان كان رجعيا لم يجز حتى تنقضي العدة

ومن هذا النوع ما تزول الحرمة بزوال الوصف وهو شرط الكفائة والحرمة هنا تدور مدار اختلاف الدين .

ـ ٧٠ ـ الكفر مانع من صحة عقد المسلم على الكافرة المشركة والمشرك ممنوع من العقد على المسلمة سواء كان الكفر اصليا او ارتداديا فلو اسلمت زوجة الكافر فان كان قبل الدخول زالت العصمة بينهما وان كان بعده انتظرته مدة العدة فان اسلم بقيا على الزواج كما لو اسلما معا والا بانت منه ولها المهر .

ـ ٧١ ـ المسلم لايحل له ان يتزوج المشركة بعد قوله تعالى ـ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ ولو اسلم الكافر على زوجة مشركة قبل الدخول بانت منه والمشهور على تنصيف المهر والقاعدة تقتضي السقوط لانه فسخ لاطلاق و بعد الدخول يقف على العدة فان اسلمت فهي زوجته والا بانت منه واستقر المهر ، ـ اما الكتابية ـ يهودية او نصرانية بل ومجوسية فان اسلم دونها فهي على نكاحه قبل الدخول وبعده دائما ومنقطعا كتابيا او غيره ـ واما في الابتداء ـ فقيل بالحرمة وقيل يجوز منقطعا لادائما وقيل يجوز مطلقا وهو مقتضى ظاهر قوله تعالى في سورة المائدة التي لانسخ فيها : اليوم احل لكم الطيبات الى قوله عز شأنه والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ، ويمكن حمل النواهي في السنة على التنزيه

ـ ٧٢ ـ لو تزوج المسلم مسلمة كتابية كان للمسلمة الخيار في عقد نفسها الا اذا كان برضاها على ما في بعض الاخبار .

ـ ٧٣ ـ الارتداد من الزوج او الزوجة ان كان قبل الدخول

انقطعت العصمة بينهما مطلقا فان كان منها فلا مهر وان كان منه فلها النصف ، وان كان بعد الدخول استقر المهر فان كان منها وقف على انقضاء العدة وهي عدة الطلاق فان عادت الى الاسلام فيها وتابت بقيت على زوجيته والا بانت منه ، وان كان منه فان كان مليا فالانتظار وان كان فطريا بانت منه في الحال واعتدت عدة الوفاة

(٧٤) اختلاف المذهب لا يمنع من صحة العقد مع الحكم باسلام الطرفين فيجوز للامامي ان يتزوج بمخالفه من اي مذهب كان من مذاهب المسلمين ، اما تزويج الغير بالامامية ففيه خلاف ، والاصح انه يختلف باختلاف الاحوال فقد يرجح وقد يحرم فعلى الاولياء مراعاة الخصوصيات والظروف فانهن ودائع وامانات ولا تعطى الامانة الا الى من يحفظها « ان الله يأمركم ان تردوا الامانات الى اهلها

« ٧٥ » المعروف اعتبار الكفائة في الزواج وهي نوعان شرعية وعرفية اما الشرعية فهي المساواة في الدين كما عرفت ، واما العرفية فهي المساواة في الحسب والنسب والثروة والشرف وامثالها

اما الاولى فقد عرفت لزومها في صحة العقد واما الثانية فليست شرطا والزواج في شريعة الاسلام على الاسلام والمؤمن كفو المؤمن نعم ورد في السنة حرمة تزويج شارب الخمر والاعتبار يساعده فان شارب الخمر لا يؤتمن على الحرة ، ولا يحفظ الوديعة ومثله المقامر ، « ٧٦ » اذا خطب المؤمن القادر على الانفاق الغير المتجاهر بالكبائر استجب اجابته بل قيل تجب ولو كان ادنى نسبا واقل

روة والفقر غير مانع بل العنا في الغنا اكثر منه في الفقر .

« ٧٧ » يحرم خطبة المزوجة قطعا ولو معلقا على الطلاق تصريحا او تلويحا وكذا خطبة المطلقة الرجعية ولو معلقا على انقضائها بل والبائنة وكذا يحرم الخطبة على خطبة الغير كما يحرم الدخول في سوم المؤمن نعم لو ردت الاولى جازت الثانية .

« ٧٨ » الاجماع والاخبار على بطلان نكاح (الشغار) وفسروه بمعان كثيرة والقدر المتيقن في الحرمة هو ان يتزوج امرأتان برجلين على ان يكون مهر كل واحدة نكاح الاخرى يعني المبادلة في النساء .

هذا مختصر اسباب التحريم التي يشترط خلو المتعاقدين منها وحينئذ فالذكر البالغ الرشيد له ان يعقد لنفسه ولا ولاية لاحد عليه والانثى البالغة باكمال التسع اذا كانت رشيدة لها ان تعقد لنفسها باذن الولي ان كانت بكرا والا كان لها الاستقلال وبعد انتهاء مباحث العقد والعاقد والمعقود له وشرائط كل واحد منها مما يتعلق بصميم العقد فاللازم بيان ما يتعلق بتوابع العقد واحكامه وحواشيه وآثاره المشتركة بين نوعيه الدائم والمنقطع كالمهر فانه وان كان لازما في الجملة ولكنه ليس من الاركان التي يبطل العقد بدونه .

* * *

الفصل الخامس

(يتكفل ببيان احكام المهور)

﴿ ٧٩ ﴾ المهر هو مايجعل للزوجة في عقد زواجها مما هو مال عينا او دينا او حقا او منفعة وليس هو عوض البضع او عوض الاستمتاع بل المعاوضة في باب النكاح كما عرفت غير مرة بين ذات الزوجين وانما المهر كهدية وطيبة خاطر للزوجة ولذا يكره المماكسة فيه والتغالي و يستحب فيه اكيداً التساهل والمهاودة ولحرص الشارع الحكيم على التسهيل في هذا المقام اكتفى من المهر حتى بتعليم السورة وقراءة الفاتحة ولكن الاعتدال بمهر السنة وهو خمسمائة درهم اي خمسة وعشرون دينارا

(٨٠) اذا تراضى الزوجان على مهر قليلا كان او كثيرا لزم وان لم يذكرا مهراً اصلا فان كان العقد متعة بطل اذ لا متعة الا بمهر مسمى ، والمنقطع كثير الشبه بالمعاوضات وان لم يكن منها، وان كان دواما فان شرطا عدم المهر بطل العقد لانه يرجع الى الهبة ولا هبة في النكاح ، وللمفوضة البضع مطالبة الزوج بتعيين المهر فان امتنع لها ان تمنع عنه نفسها فان تراضيا على قدر لزم قل او كثر والا رجعا الى حاكم الشرع فيفرض اقل الامرين من مهر المثل ومهر السنة ولو دخل بها قبل التعيين تعين مهر المثل ، امامفوضة المهر

فهو التزويج على حكمه او حكمها ولكن ليس لها ان تحكم باكثر من مهر السنة (٨١) المهر مطلقا تملكه الزوجة بالعقد و يستقر بالدخول فلو مات قبل الدخول او طلقها كان لها نصفه ان كان قد تعين والا فلها المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، ولها ان لا تمكنه من نفسها حتى يدفعه لها ...

(٨٢) يلزم تعيين المهر بما يرفع الجهالة ولو فى الجملة فلو ابهمه كلية كالشيء والنصيب ونحوهما بطل ولا يلزم فيه تمام المعلومية التي تلزم فى البيع ونحوه من اعتبار الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون وهكذا بل تكفي المشاهدة ان كان عينا والاوصاف فى الجملة ان كان كلياً ككونه دراهم او ثيابا او غيرها مع بيان العدد ولو جعله ثوبا او دابة فالخيار للزوج و يجوز جعله او بعضه مؤجلا كما يجوز ترديده وتعليقه كما لو قال ان تزوجت عليك فالف والا فنصفها ، ومهر المثل مهر اقرانها ، ولو عقد الاب لولده على مهر واطلق فهو عليه الا ان يقيده على الولد من اهلها و بلدها (٨٣) لو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه جاز وان لم يعلما به حال العقد و كذا لو تزوجها على مهر امها او اختها بل فى بعض الاخبار ان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يتزوج على القبضة من الحنطة وما يحسن من القرآن (٨٤) لو وهبها المدة فى المنقطع قبل الدخول كان لها النصف كالطلاق فى الدائم وان كان بعد الدخول استحقته باجمعه كالدائم و كذلك حكم موته قبل الدخول و بعده (٨٥) لو ابرأته

من المهر قبل الدخول او وهبته له يرجع عليها بنصفه لان الابراء استيفاء ، وكذا لو خالعته بالمهر فيستحقه اجمع بالخلع و يستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول على ماذكروا وفيه للتأمل مجال ، ولو تنازعا في قبضه فالقول قولها وفي المقدار قوله .

الفصل السادس

(فى احكام العيوب الموجبة للفسخ)

(٨٦) عقد النكاح لازم اذا وقع صحيحا جامعا للشرائط لا يمكن فسخه ولا الاقالة فيه بل ولو شرطا خيار الفسخ فيه بطل الشرط ونفذ العقد على الاصح وقيل يبطلان معا ، نعم لا يصح الفسخ فيه الا باسباب ﴿ الاول ﴾ العيوب الموجبة لخيار الفسخ وهي ثلاثة اقسام - ١ - العيوب المشتركة - ٢ - ما يخص الزوج - ٣ - ما يخص الزوجة ﴿ ٨٧ ﴾ العيوب المشتركة (٣) الجنون مطلقا ولو ادواريا (٢) ﴿ الجذام ﴾ مطلقا ولو قليلا (٣) البرص كذلك (ما يخص الزوج) ايضا ثلاثة - الخصا وهو سل الانثيين وبحكمه الوجاء وهو رضهما بحيث تبطل قوتهما ، والعنن وهو عدم الرجولية خلقة او عرضا والجب وهو قطع آلة الرجولية ﴿ ما يخص الزوجة ﴾ اربعة الاقعاد والقرن - عظم في محل الوطئ يمنع منه ﴿ العضل ﴾ لحم يمنع من الوطي ، « الرتق » التحام موضع الوطي بحيث يمنع منه .

[٨٨] كل هـذه العيوب انما توجب حق الفسخ اذا كانت مجهولة وموجودة قبل العقد اما الحادث بعده فلا الا العنن والجنون فانهما يوجبان الفسخ مطلقا

« ٨٩ » شرط العنة ان لا يقدر على الوطي منها ومن غيرها قبلا ودبرا وشرط الجب ان لا يبقى من الآلة مقدار الحشفة ولا تفسخ في العنة حتى ترفع امرها لحاكم الشرع فيمهلها سنة كاملة تكون معه في الفصول الاربعة فاذا عجز كان لها الفسخ

« ٩٠ » الفسخ ان كان قبل الدخول فلا شيء لها من المهر الا في العنن فان لها النصف وان كان بعد الدخول اخذته اجمع والقول قول منكر العيب بيمينه ، والخيار في العيوب فوري وهو فسخ لا طلاق

« ٩١ » الثاني من موجبات الفسخ خيار الشرط لا شرط الخيار فمن تزوج امرأة شرط كونها حرة فبانت مملوكة او تزوجت بشرط كونه حرا فظهر مملوكا كان له اولها الخيار فان فسخ بعد الدخول استحقت المهر ويرجع به على المدلس مطلقا باستثناء مهر المثل عوض استمتاعه بها وان كان قبله فلا شيء لها ، وكذا لو اشترط كونها بكرا فظهرت ثيبا ، وكل شرط موافق لكتاب الله عز شأنه لها ام عليها فهو لازم ويجب على كل منهما الوفاء به ولكن لو خالف لم يوجب الفسخ كما لو شرطت ان لا يخرجها من بلدها او منزلها اما لو شرطت ان لا يتزوج عليها اولا يقسم لضرتها فهو باطل ، وهذه العيوب كما توجب الفسخ في الدائم توجبه ايضا في المنقطع .

الفصل السابع

﴿ في الاولاد ﴾

« ٩٢ » شروط لحوق الولد بالزوج بالدائم والمنقطع ثلاثة « الدخول » ويكفي كونها فراشا له فضلا عن الخلوة ولو اختلفا فيه فادعته وانكره او انكر ولادتها فالقول قولها مع الخلوة وقوله مع عدمها « ٢ » مضي اقل الحمل وهو ستة اشهر هلالية من حين الوطئ في الولد التام الذي ولجته الروح ، وفي غيره يرجع الى المتعارف في مثله « ٣ » عدم تجاوز اقل الحمل وهو سنة من حين الوطئ فلو غاب عنها اكثر من سنة او اعتزلها لم يلحق به ، ولو نفى الولد مع اعترافه بتحقق شرائط اللحوق به لم ينتف الا باللعان ، ولو زنت فالولد للفراش وللعاهر الحجر ، ولو طلقها وتزوجت بآخر فاولدت فان كانت الشرائط لواحد منهما الحق به وان لم تكن لواحد انتفى عنهما وان كانت لكل واحد منهما فالقرعة ، والولد يلحق باشرف الابوين في الاسلام ومن اقر بمجهول انه ولده لحق به مع الامكان وكذا العكس . « ٩٣ » يجب ارضاع الام ولدها اللباء وهو اول حليبها باجرة على الاب ويستحب ان ترضعه المدة وهي حولان كاملان ويجوز الزيادة والنقيصة بشهرين او ثلاث وهي احق بارضاعه بالاجرة التي يطلبها الغير فان طلبت الزيادة جاز ان ينتزعه منها

ويدفعه الى غيرها ولا تجبر الحره على ارضاعه « ٩٤ » الحضانة للام حق تربية ولدها مدة الرضاع ذكرا كان او انثى فاذا انتهت مدة الرضاع فهي احق بالبنت الى بلوغها سبع سنين والاب احق بالابن بعد السنتين الى بلوغه ، ولا تثبت لها الحضانة الا بشروط العقل والاسلام والحرية ولو طلقها فتزوجت سقطت حضانتها ولو طلقها الثاني عادت ولو مات الاب فهي احق بولدها الى بلوغه واذا مات الابوان فالحضانة للجد واذا فقد فالاقرب فالاقرب والظاهر انه لا اجرة للحضانة بل هو ارفاق بالام نعم يلزم على الاب بذل لوازم التربية كاجرة غسل الثياب ونحوها .

وحيث انتهى الكلام من الاحكام المشتركة بين المتعة والدوام فلنذكر مايخص كل واحد منهما .

المرحلة الثانية

﴿ فيما يخص العقد الدائم من الاحكام ﴾

« ٩٥ » يختص الدائم باحكام لاتجري في المنقطع وهي خمسة بل ستة ـ الارث ـ فالدائم ترث مطلقا والمنقطعة لاترث مع الاطلاق قطعا وهل ترث بالشرط الاصح العدم ـ النفقة ـ تستحقها الزوجة بالعقد الدائم مع عدم النشوز مطلقا ولا تستحقها المنقطعة باطلاق العقد وهل تستحقها بالشرط ـ الاصح نعم .

﴿ القسم ﴾ للزوجة الدائمة مع اطلاق العقد مضاجعة ليلة من اربع

وتستحق الوطأ مرة في اربعة اشهر ؛ اما المنقطعة فلا تستحق شيئا منهما مع الاطلاق اما مع الشرط فالاصح الاستحقاق اذا لم يزاحم حق الداعيات وللزوجة الدائمة اسقاط ليلتها او هبتها لاحدى ضراتها اومصالحة الزوج عليها .

﴿ النشوز ﴾ اذا امتنع الزوج عن اداء حقوق الزوجة وهي النفقة وحق المضاجعة والمواقعة اولم يعاشرها بالمعروف صار ناشزا ولها ان تمنع نفسها عنه فان لم يرتدع رفعت امرها الى حاكم الشرع فاما امساك بمعروف اوتسريح باحسان ، كما انها لوامتنعت عن اداء حقه وهو تمكينه من نفسه للمواقعة متى شاء الا لعذر مشروع او لم تعاشره بالمعروف فتعبس في وجهه وتخرج من غير اذنه وتغلظ كلامها معه وما اشبه ذلك صارت ناشزا وسقطت نفقتها فيتدرج معها بالمراتب الثلاث المذكورة في الآية الشريفة فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا . ويلزم ان لا يكون الضرب مبرحا ولا جارحا .

﴿ الشقاق ﴾ وهو النشوز من الطرفين والكراهة من الجانبين والحكم هنا التحكيم كما ذكره الكتاب المجيد ، فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها فان قدرا على الاصلاح فهو والاّ فرقا بينهما مع الاذن ، ومن مختصات العقد الدائم الطلاق — فانه لا يأتي بالمنقطع بل ينتهي بانتهاء المدة او بهبتها .

« ٩٦ » النفقة تجب للزوجة الدائمة مطلقا والمطلقة الرجعية في

عدتها دون البائن والمتوفى عنها زوجها نعم المطلقة بائنا اذا كانت حاملا وجبت النفقة لها اوله حتى تضع ولا نفقة للصغيرة حتى تبلغ ولا للناشزة حتى تطيع « ٩٧ » الواجب من النفقة هو ما تحتاج اليه من طعام وادام وكسوة ومسكن وخادم حسب شأنها فى جميع ذلك كما وكيفا وجنسا ووصفا ويجب ايضا مايتوقف عليه التزيين والتنظيف كالصابون ونحوه « ٩٨ » نفقة الزوجة حق مالي لها وان كانت غنية فلو اخل به يوما أوأياما كان دينا عليه في ذمته يجب عليه ان لم تكن ناشزا ان يؤديه لها و يصح المصالحة عليه واسقاطه كسائر الديون ويجوز ان تطلب كفيلا به حاضرا كان الزوج اومسافرا

﴿ ٩٩ ﴾ لاولاية للزوج على زوجته في شئونها الخاصة فلو ارادت ان تبيع شيئا من اموالها وكانت رشيدة فلا حق للزوج ولا لغيره في معارضتها حرة كانت اومملوكة فان ولاية المملوك لمالكه وولاية الحرة لابيها او جدها او الحاكم مع صغرها نعم له منعها عن كل مايوجب خللا في شرفه والمس بناموسه كالخروج من غير اذنه ومعاشرة من لايليق به معاشرتهم من نساء او رجال ولو خالفته نشزت بل له ان يمنعها عن الخروج حتى الى بيت امها و ابيها الا ان يكون ذلك موجبا للعقوق وهو ايذاء الوالدين فيأذن لها حسب المتعارف فى الاسبوع مرة ونحو ذلك ولو منعها عن مباح اومستحب لايخل بشيء من شئونه لم يجب عليها الامتناع عنه كما لا يجب عليها الخدمة والطبخ ونحو ذلك اما الواجب فلا اشكال في

عدم اثر لمنعه عنه ، ويجب عليها متابعته في السفر والحضر والمسكن

« ١٠٠ » جرت عادت الفقهاء هنا بمناسبة نفقة الزوجة ذكر من تجب على الانسان نفقتهم وان لم يكن له دخل بكتاب النكاح وهي نفقة الاقارب وهم نوعان الآباء والابناء صعودا ونزولا ، والمملوك انسانا او حيوانا ، ولا تجب لمن عدا اولئك من الاقارب مهما كانوا نعم تستحب خصوصا للوارث وانما تجب على العمودين وتستحب في غيرهم بشرطين — الاول — يسار المنفق بان يكون عنده ما يزيد على نفقته ونفقة زوجته يوما وليلة — الثاني — فقر المنفق عليه كذلك والعجز عن الاكتساب وكونه حرا ، والواجب قدر الكفاية من الاطعام والكسوة والمسكن ولا يجب تزويجه ولا الانفاق على زوجته ولا سائر لوازمه نعم هو من افضل انواع البر « ١٠١ » يترتب وجوب النفقة على الآباء والابناء حسب ترتبهم في القرابة فيتقدم الاب على اب الاب والابن على ابن الابن منفقا ومنفقا عليه والاب والابن فى رتبة واحدة فمن كان فقيرا وله اب وابن غنيان اشتركا فى الانفاق عليه بالسوية ومن كان غنيا وله اب وابن فقيران انفق كذلك عليهما والانثي كالذكر فى وجوب النفقة عليها ولها اواما ولكن لا يجب على الام ان تنفق على اولادها اذا كان ابوهم غنيا نعم لو كان فقيرا او مفقودا وجب عليها ان لم يكن لهم جد غني ايضا ، والانفاق على الاقارب ارفاق ووجوب تكليفي محض فلو عصى لم يقضه اذ لم تشتغل به الذمة كما لا يصح المصالحة عنه ولا اسقاطه .

[١٠٢] الملك لذي روح يوجب نفقته على المالك فتجب على المولى نفقة العبد مطلقا حتى المدبر وام الولد دون المكاتب مطلقا فان نفقته فى كسبه وعلى البهيمة مطلقا مأكولة اللحم وغيرها « ١٠٣ » كل من وجبت النفقة عليه لزوجة او قرابة او مملوك ان قام بالواجب فهو والا وجب على حاكم الشرع اجباره فان لم يمكن باع شيئا من امواله وانفق الا فى الانسان المملوك فانه يوكل نفقته الى كسبه ان امكن وفى البهيمة يخيره بين ذبحها ان كانت مأكولة اللحم و بين الانفاق عليها

المرحلة الثالثة

فيما يخص العقد المنقطع من الاحكام

الاركان التي يتقوم بها عقد المتعة امران ـ المهر ـ فلو لم يعين المهر فى متن العقد بطل ومن هذه الجهة اشبه عقود المعاوضات وما هو منها ـ الثاني ـ الاجل فلو اخل به فى ذات العقد قيل يبطل رأسا وقيل ينقلب دائما وبه رواية والعمل بها مشكل وتطبيقها على القواعد اشكل ، والرواية ضعيفة ، والاحتياط بالطلاق وتجديد العقد لايترك ؛ وبهذين الركنين ينفرد المنقطع عن الدائم الذي لا اجل فيه ولا يضر به عدم ذكر المهر كما عرفت « ١٠٤ » يختص المنقطع عن الدائم ايضا بامور (١) عدم وقوع الطلاق فيه ولا اللعان ولا التوارث حتى مع الشرط بل ولا الخلع ولا الظهار « ٢ » عدم استحقاق

النفقة (٣) عدم القسم (٤) عدة غير الحامل بعد الوطي وانقضاء الاجل او هبة المدة حيضتان ولو كانت لاتحيض وهي في سن من تحيض فنصف عدة الدائم خمسة وار بعون يوما اما الحامل فعدتها وضع الحمل وعدة الوفاة كالدائم ار بعة اشهر وعشرا ان كانت حرة والا فنصفها وفي الحامل ابعد الاجلين مطلقا ، « ٥ » جواز العزل عنها وعدم جوازه في الدائم ولكن الولد يلحق به حتى مع العزل ﴿ ١٠٥ ﴾ ذكر بعضهم انه لايجوز العقد عليها في اثناء المدة والاصح عندنا جوازه دواما ومتعة وهو هنا كالبيع او الاجارة للعين المستاجرة .

خاتمة

في التنازع

﴿ ١٠٦ ﴾ اذا اختلفا في الزوجية قدم قول منكرها بيمينه ولكن يلزم مدعيها باقراره وهذا من المقامات التي تنفك الاحكام ظاهرا وان كانت متلازمة واقعا فلو كانت هي المنكرة جاز لها ان تتزوج بغيره ولكن تجب عليه النفقة ظاهراً ولا يتزوج باختها ولا الخامسة وهكذا سائر الاحكام وكذلك لو انعكس الامر ولو تزوجت واقام البينة ظهر فساد العقد [١٠٧] لو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته فان اقامت بينة فالعقد لها وان اقامها ثبت قوله وان

اقام كل منهما البينة فالحكم لبينته بناء على تقديم بينة الداخل الا ان يكون لبينتها مرجح داخلي اوخارجي كدخول بها او تقدم تاريخ او اكثرية عدد فتقدم بينتها .

تتمة

المرأة اذا ادعت انها خليه صدقت وجاز العقد عليها من غير فحص حتى مع العلم بانها كانت ذات زوج وادعت موته او طلاقه او لم تذكر شيئا سوى انها خليه فلو ادعى آخر انها زوجته لم يصدق الا بالبينه و ينكشف فساد العقد و يجري عليه حكم الشبهه .



الكتاب الثاني

في الطلاق والعدد وتوابعه

الطلاق حل عقدة الزوجية الدائمة المقتضية للبقاء بذاتها وبيان اجلى ان الزوجية الدائمة حبل مستمر والطلاق قطع له من اثنائه فهو كالفسخ في البيع الذي هو رفع بل قطع لحبل الملكية المستمرة من حين الفسخ لا من حين العقد على الاصح فالتعبير عنه بالقطع اولى من التعبير بالرفع ؛ وهو اي الطلاق من حيث بقائه وامكان رفعه وبعبارة ابلغ من حيث تنجز اثره وتعليقه – قسمان – رجعي – و بائن – فههنا مرحلتان –

الاولى

في الرجعي

ويقع البحث فيه من حيث اركانه الثلاثة ، الصيغة ، والمطلق والمطلقة ، ثم من حيث اقسامه واحكامه بعد تمامه ففي هذه المرحلة مقصدان (الاول) في اركانه وفيه فصول ،

* * *

الفصل الاول

في الصيغة

مادة « ١٠٨ » الطلاق وان كان بذاته معنى اضافيا ونسبة قائمة بطرفين ولكنه شرعا من الايقاعات التي يكفي وقوعها من طرف واحد ولا يقع الا بصيغة خاصة وهي انت طالق او زوجتي فلانة طالق او زوجة موكلي طالق فلا يكفي شيء من مشتقاتها مثل انت مطلقة وطلاق وطلقتك واطلقتك وهكذا فضلا عن مثل انت بائن وحرام وخلية وبرية واعتدي وامثالها ولا يقع بالكتابة ولا بالاشارة الا من الاخرس العاجز ولا يقع بالتخيير لها بل هو من خصائصه صلى الله عليه وآله

« ١٠٩ » يشترط في الصيغة التنجيز فلو علقها بشرط او صفة بطلت مطلقا ولو قيدها لواحدة بالثلاث فقال انت طالق بالثلاث لغت الثلاث ووقعت واحدة عندنا وتقع ثلاثة عند القوم فتحتاج الى محلل ولو قال ان كنت زوجتي فانت طالق صح على الاصح .

الفصل الثاني

في المطلق

« ١١١ » لا يصح الطلاق الا من الزوج او وكيله - اما الولي

فالمشهور انه يصح تزويجه ولا يصح طلاقه والاصح عندنا انه مع المصلحة يصح طلاقه كما صح تزويجه ، و يعتبر في المطلق زوجا او وكيلا او وليا « امور » البلوغ فلا يصح طلاق الصبي وان بلغ عشرا او اذن له الولي ـ العقل فلا يصح طلاق المجنون مطبقا او ادواريا الا فى حال افاقته ـ الاختيار فلا يصح طلاق المكره ـ القصد فلا طلاق لهازل او ساه او نائم او سكران بل يعتبر القصد عن روية وحال طبيعي فلا يصح طلاق الغضبان والمهيج .

« الثالث »

ف المطلقة

﴿ ١١٢ ﴾ لا يقع الطلاق الا بالزوجة الدائمة ـ الطاهرة من الحيض والنفاس الا اذا كانت غير مدخول بها او حاملا اذا اجتمع الحيض والحمل والا من الغايب الذي لا يعلم حيضها حين الطلاق مع علمه بانتقالها من طهر المواقعة او سافر فى طهر لم يواقعها فيه ومثله المحبوس ـ وان يطلقها فى طهر لم يواقعها فيه ، و يسقط طبعا هذا الشرط فى الصغيرة واليائسه والحامل اما المسترابة وهي التي واقعها فلم تحض فى ذلك الشهر فاسترابت بالحمل فلا يجوز طلاقها الا بعد التربص ثلاثة اشهر فان ظهر الحمل فى اثنائها طلقها والا طلقها بعد الثلاث .

(١١٣) يشترط تعيين المطلقة فلو قال احدى زوجاتي طالق لغى وكذا لو قال زوجتي سلمى طالق وعنده زوجتان بذلك الاسم او قال احداكن طالق .

الفصل الرابع

في شروطه الركنية

« ١١٤ » لا يصح الطلاق بعد استجماعه لعامة الاوصاف المتقدمة الا بحضور شاهدين عدلين يسمعان الصيغة و يعتبر اجتماعهما عند الانشاء وان يكونا غير الزوج والزوجة وغير الوكيل فلو طلق الوكيل بحضور الزوج فلا بد من شاهدين آخرين ويعتبر عدالتهما الواقعية عند المطلق بل وعند الزوج فلو علم بفسقهما او علما بفسق انفسهما فلا أثر للطلاق ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا يحل به المهر المؤجل .

« المقصد الثاني »

في اقسامه واحكامه

« ١١٥ » الطلاق كما عرفت بائن – وغير بائن وغير البائن – بدعي . ورجعي . وعدي . فالبدعي ما اختل فيه احد الشروط السابقة كطلاق الحائض او الطلاق ثلاثا بلا رجعة بينها ، والرجعي ، هو

مطلق الطلاق الصحيح مما للمطلق فيه الرجوع سواء رجع ام لا (والعدي) قسم منه وهو ان يطلق على الشرائط ثم يرجع فى العدة ويطأ ثم يطلق فى طهر آخر ، وله حكم خاص وهو انه كما يحرم فى كل ثالثه حتى تنكح زوجا غيره تحرم الحرة ايضا فى التاسعة حرمة مؤبدة كما تقدم والامة فى السادسة .

« ١١٦ » اذا تجرد الرجوع عن الوطأ بان طلق ورجع ثم طلق ورجع وهكذا او تركها بعد الطلاق حتى خرجت من العدة وتزوجها بعقد جديد ثم طلق - لم تحرم فى التاسعة ولوالى مائة مرة نعم يلزمها المحلل فى كل ثلاث خلافا لابن بكير احد رواة أئمتنا (ع) فانه قال اذا تزوجها بعقد جديد هدم ماقبله ولو مائة مرة وحلت له بلا زوج وقد انفرد بهذا الراي « ١١٧ » يشترط فى المحلل البلوغ والوطئ قبلا بالعقد الصحيح الدائم ، وكما يهدم الثلاث يهدم مادونها ولو ادعت حصول المحلل وكانت ثقة صدقت بلا يمين .

(١١٨) الرجعة كما تحصل بالقول تحصل بالفعل بل وبالاشارة حتى من القادر على الكلام ولا يشترط فيها الاشهاد ولا اعلامها نعم لو ادعى بعد العدة رجوعه فيها لزمه الاثبات بالبينة فان عجز فاليمين عليها ، وانكار الطلاق فى العدة رجوع :

« المرحلة الثانية »

في الطلاق البائن وتوابعه

وفيها فصول

الفصل الاول

في انواع البائن والعدد

[١١٩] وهي ستة ، طلاق غير المدخول بها قبلا ولا دبرا واليائسة وهي التي انقطع حيضها طبيعة ببلوغ الخمسين او الستين والصغيرة وهي التي لم تكمل التسع ، والمختلعة والمبارات مع عدم الرجوع بالبذل ، والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان ولو بعقد جديد .

[١٢٠] تجب العدة شرعا باسباب ﴿ وفاة الزوج ﴾ فتعتد الحرة مطلقا حرة اوامة صغيرة اوكبيرة او يائسة او غير مدخول بها بار بعة اشهر وعشرة ايام ، والامة بنصفها الا الحامل فبا بعد الاجلين وام الولد كالحرة وكذلك المدبرة والمفقود زوجها الذي لا يعرف خبره اذا حصل العلم لها او الظن المتاخم بموته (١٢١) العدة في الطلاق والفسخ بعد الوطي في مستقيمة الحيض ثلاثة اطهار احدها ما بقي من الطهر الذي طلقت فيه ولو لحظة ان كانت حرة والا فطهران كذلك فتبين الحرة برؤية الدم الثالث والامة برؤية الثاني ، فاقل ما تنقضي به عدة الحرة ستة وعشرون يوما ولحظتان والامة ثلاثة عشر

والحظتان وليست اللحظة من العدة بل هي كاشفة فلا تصح فيها الرجعة ، و يصح فيها عقد الغير ، وان كانت غير مستقيمة الحيض او هي في سن من تحيض ولا تحيض فعدة الحرة ثلاثة اشهر والامة نصفها وعدة الحامل وضع الحمل ولو سقطاً والذمية كالحرة ، والمسترابة قد تبلغ عدتها تسعة اشهر او اكثر « ١٢٢ » اذا مات الزوج في اثناء عدة الطلاق فان كان رجعيا استأنفت عدة الوفاة وورثته وان كان بائنا اتمت عدة الطلاق ، ولا ارث و يجب على المتوفى عنها زوجها « الحداد » وهو ترك الزينة ولبس السواد مدة العدة ولا نفقة لها بل تجب للمطلقة الرجعية كما كانت زوجة ، ولا تخرج من منزلها الا لضرورة ، ولو طلق بائنا في مرض الموت بغير طلب منها ومات قبل ان تتزوج ورثته الى سنة ولا ترث البائن الاهنا ، ولا يرثها هو لو ماتت :

« ١٢٣ » تعتد المطلقة من حين وقوع الصيغة والمتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر ، فلو تزوجت بعد عدة الطلاق وتبين انه كان قد توفي في العدة اعتدت ثم عادت لزوجها الثاني .

خاتمة الطلاق

وفيها امران

« ١ » قد عرفت ان الطلاق ولاسيما مع التئام الاخلاق مكروه

اشد الكراهة وما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان العرش ليهتز منه وتتأكد الكراهة في المريض فان فعل صح وتوارثا في الرجعي لو مات في العدة وترثه هي حتى في البائن الى سنة كما سبق

« ٢ » ذكر الفقهاء ان الغايب اذا لم يعرف خبره ولم يكن لزوجته من ينفق عليها ترفع امرها الى الحاكم فيؤجلها و يطلبه اربع سنين فان وجده والا طلقها واعتدت عدة الوفاة وجاز لها ان تتزوج فان جاء في العدة فهي له والا فلا سبيل له عليها تزوجت ام لا ، وقصروا طلاق الحاكم الشرعي على هذه الصورة و بتلك الكيفية مع ان الادلة العامة والخاصة متوفرة في ان له الولاية على طلاقها في صور اخرى كثيرة يجمعها لزوم الضرر والمشقة الشديدة من بقائها على زوجية ذلك الزوج كالغايب المعلوم محله ولكنه ممتنع عن بذل النفقة لها اما عصيانا او عجزا بل يأتي ذلك حتى في الحاضر الممتنع كذلك وفي المسجون المحكوم بالسجن المؤبد او خمسة عشر سنة بل واقل اذا لم يكن عنده مال ينفق عليها الحاكم منه ولا يحصل لها باذل دينا على الزوج او تبرعا ولا تقدر على اعاشة نفسها بالوسائل الشريفة اللائقة بحالها ، بل يجوز للحاكم طلاقها فيما لو كان الزوج مريضا باحدى الامراض المعدية كالسل والجذام ونحوها بعد ثبوت ذلك بشهادة الاطباء وعرضها على الحاكم ، والحاصل اذا ثبت عند حاكم الشرع العسر والمشقة الشديدة الضرر على الزوجة من بقائها في حبالة ذلك الزوج وطلبت الطلاق الزم الحاكم الزوج بان يطلقها فان امتنع

واصر على الامتناع جاز للحاكم طلاقها وتعتد ثم لها أن تتزوج بعد عدة الطلاق او الوفاة .

الفصل الثاني

﴿ في الخلع والمبارات ﴾

وهما من اقسام الطلاق البائن والاصل فيه قوله تعالى في سورة البقرة ﴿ ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ .

(١٢٤) الكراهة ان كانت من الزوج فالطلاق بيده وان كانت من الزوجة فلا سبيل لها الى الخلاص منه الا بان تبذل له ما ترضيه سواء كان بمقدار ما اخذت منه من المهر او اكثر او اقل على ان يطلقها بالبذل وهو الخلع ، وان كانت الكراهة منهما معا وكان كل منهما يكره الآخر فالمبارات ولا يجوز له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها مهرا .

﴿ ١٢٥ ﴾ صيغة الخلع ان يقول خالعتك او خلعتك على كذا فانت طالق ويجوز الاكتفاء بالاولى والاحوط اتباعه بالطلاق ، اما في المبارات فلا بد منه فيقول بارأتك على كذا فانت طالق ويقول الوكيل خلعت فلانة بكذا بحسب وكالتي عن زوجها ومثله في المبارات ولا بد من قبول الزوجة او وكيلها بعد الصيغة بلا فصل و يكفي طلب

ذلك منها قبلها وكلما يصح مهرا يصح فدية ولو بانت مستحقة للغير بطل الخلع ان كانت عينا « ١٢٦ » اذا تم الخلع او المبارات فلا رجوع للزوج نعم لها الرجوع بالبذل في العدة فاذا رجعت جاز له الرجوع بها لان الطلاق يعود رجعيا ان شاء رجع وان شاء ترك وكذا لو لم تدفع البذل اما لو لم يكن لها عدة كالصغيرة ونحوها فلا رجوع لكل منهما لانه بائن طبعا « ١٢٧ » اذا تنازعا في قدر الفدية او جنسها حلفت مع عدم البينة ولو قالت هي على ذمة فلان او دفعتها الك وابرأتني فعليها البينة والا فاليمين عليه .

الفصل الثالث

﴿ في الظهار والايلاء ﴾

والاصل فيها الآيتان في سورة المجادلة وسورة البقرة .

﴿ ١٢٨ ﴾ الظهار فعال من الظهر والمراد به تشبيه من يملك نكاحها باحدى محارمه وهو محرم تكليفا وتترتب عليه احكام وضعا واركانه الصيغة والمظاهر والمظاهرة ويتبعه الشروط والاحكام .

﴿ ١٢٩ ﴾ الصيغة ان يقول لزوجته انت او فلانة علي او مني كظهر امي او اختي او بنتي وهكذا من سائر المحارم ولا يقع الا من الزوج اما من الزوجة فلا اثر له ويصح تحديده بوقت كالشهر والسنة فيحل له الوطئ بعدها وتعليقه بانقضاء الشهر فيحل الوطي قبله

وعلى شرط فلو لم يحصل فلا أثر له .

« ١٣٠ » المظاهر يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد وان لا يكون سكرانا او مغمى عليه او في حال غضب و يصح من الكافر « ١٣١ » المظاهرة يعتبر فيها شرائط المطلقة من الطهارة وعدم المواقعة في ذلك الطهر وان يكون مدخولا بها ولا يقع بالمتمتع بها ولا الموطوئة بالملك « ١٣٢ » الشروط حضور شاهدين عدلين كالطلاق وان لا يكون في اضرار ولا بصفة اليمين .

« ١٣٣ » الاحكام ، اذا وقع الظهار بالاوصاف المزبورة حرم عليه وطئها حتى يكفر فلو وطئ قبلها لزمه كفارتان واحدة للظهار واخرى للوطئ ولو كرر تكررت ولا كفارة على الوطئ جهلا او نسيانا ولو طلقها حتى خرجت من العدة جاز له ان يتزوجها بعقد جديد ولا كفارة ، ويجب عليه بعد الظهار المبادرة الى احد امرين اما التكفير والعود ، او الطلاق فان لم يفعل رافعته الى حاكم الشرع فنظره ثلاثة أشهر فاما ان يكفر و يعود او يطلق ويجبره على ذلك لو امتنع وعليه نفقتها ولو عجز عن الكفارة اجزئه الاستغفار .

« ١٣٤ » كفارة الظهار كبرى مرتبة العتق فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يجد فاطعام ستين مسكينا ، وكل ذلك منصوص عليه في القرآن المجيد في اول سورة المجادلة .

وكذلك « الايلاء » مصدر آلى يولي ايلاء اذا حلف والمراد به هنا الحلف على ترك وطئ الزوجة مطلقا او في مدة خاصة .

« ١٣٥ » لا ينعقد الايلاء الا بالحلف بالله عز شأنه فلو حلف بالعتاق والطلاق او بغيرها كان لغوا ولا ينعقد الا في اضرار فلو حلف لصلاح فلا ايلاء كما لو كان الوطئ مضراً به او بها او بالابن ولا ينعقد الا على تركه ابدا او مطلقا او اكثر من اربعة اشهر .

(١٣٦) يعتبر في الحالف مايعتبر في المظاهر ، وفي المرأة الزوجية الدائمة والدخول ، واذا تم الايلاء فللزوجة مرافعته للحاكم الشرع فينظره اربعة اشهر من حين المرافعة فان رجع وكفر والا خيره الحاكم بين العود او الطلاق فان امتنع حبسه وضيق عليه حتى يكفر و يفيء او يطلق ولو دافع حتى انقضت المدة اثم ولا كفارة والكفارة هنا كفارة يمين .

الفصل الرابع

في اللعان

« ١٣٧ » اللعان المباهلة بين الزوجين لازالة حد او نفي ولد وهو منصوص عليه في سورة النور بعدة آيات ، و يلزمه بيان السبب والشرائط والاحكام والكيفية .

(١٣٨) سبب اللعان امران « احدهما » نسبة الزنا الى الزوجة المحصنة المدخول بها مع دعوى المشاهدة وعدم البينة ، والمراد بالمحصنة العفيفة فلو رمى المشهورة بالزنا ولو مرة فلا لعان ولا يجوز القذف الا

مع المعاينة لذات العمل لا بالسماع لو من الشياع او الظن ﴿ ثانيهما ﴾ انكار من ولد على فراشه بالشرائط المعتبرة فى لحوق الولد به وان سكت حال الولادة ولم ينفه مالم يسبق الاعتراف به صريحا « ١٣٩ » لو قذفها بالزنا او انكر الولد واقام البينة فلا حد ولكن لا ينتفي الولد الا باللعان « ١٤٠ » يشترط في الملاعن البلوغ والعقل لا الحرية ولا الاسلام ؛ والاخرس لو عرف اللعان كفت اشارته المفهمة ، و يشترط في الملاعنة دوام الزوجية والدخول ولا تكفى الخلوة وان ارخيت الستور والبلوغ والعقل والسلامة من الصمم والخرس فلا لعان بقذف الصغيرة او المجنونة ولو قذف الصماء او الخرساء حرمت عليه ابدا بلا لعان « ١٤١ » اما الكيفية فهى ان يقول الزوج اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما قلته على هذه المرأة اربع مرات ثم يعظه الحاكم فان رجع حد والا قال ﴿ ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ﴾ ثم تقول المرأة اربع مرات (اشهد انه لمن الكاذبين) ثم يعظها الحاكم فان اعترفت رجمها والا قالت « ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين » والواجب التلفظ بهذه الكلمات حال قيامهما وبدأة الرجل وتعيينه للمرأة والنطق بالعربية مع القدرة ويجوز الترجمة مع التعذر وان يكون كل ذلك بمحضر الحاكم و يستحب حضور اربعة شهود ﴿ ١٤٢ ﴾ يترتب على تحقق اللعان بالنحو المتقدم عدة احكام ﴿ ١ ﴾ سقوط حد القذف عنه وسقوط حد الزنا عنها فلو نكلت بعد اداء الزوج شهاداته الخمس

حدت حد الزنا اقرت او انكرت ، و بطلان الزوجية ونفي الولدعنه لا عنها واذا اكذب الرجل نفسه في الاثناء يحد وتبقى الزوجية و يلحق الولد به اما اذا اكذب نفسه بعد لعانها فلا يرتفع الا سقوط الحد فيحد ولا تحل له ولا يرث الولد والولد يرثه ، ولو اكذبت نفسها بعد لعانها فان اقرت اربعا حدت ولا تحل له ولا يلحق به الولد

الكتاب الثالث

في الدين

وهو القرض الذي هو افضل من الصدقة فان درهمها بعشرة ودرهم القرض بثمانية عشر ومن شكى اليه اخوه المسلم ولم يقرضه حرم الله عليه الجنة ، وثوابه والحث عليه في الشرع الاسلامي عظيم واجره لا يحصى ، و يلزم النظر في اركانه ـ الدائن والمدين وما يصح دينه والعقد .

« ١٤٣ » عقد الدين هو ماينشؤ به تمليك عين مضمونة بالمثل او القيمة و يكفي فيه كلما دل عليه في الايجاب والقبول ، والغالب فيه المعاطات ولا اثر للعقد وحده بدون القبض كالهبة والوقف ولا بد من اقباض المقرض فلو قبضه المقترض بدون اقباضه او اذنه لغى ولو كان في يد المقترض لغى ولاحاجة الى اذن جديد و بالقبض

علكه المقترض ولا يقف على التصرف الا في المعاطات .

« ١٤٤ » القرض على الاصح من العقود اللازمة ولو طلب المقرض رد العين بعد اقباضها لم يجب على المقترض ردها بل يثبت عليه المثل في المثليات او القيمة في القيميات ، والمدار على القيمة وقت الاداء لا وقت القبض ولو دفع العين لم يلزم بغيرها قهراً .

(١٤٥) يعتبر في المتداينين البلوغ والعقل والاختيار وفي الدائن فقط عدم الحجر بفلس او سفه وان يكون مالكا لما يقرضه او وكيلا او وليا وتجري الوكالة والولاية في المقترض ايضا فيقترض للمولى عليه او الموكل مع الغبطة .

[١٤٦] يعتبر فيما يصح اقراضه كونه معلوما بالمشاهدة فيما يكفي فيه ذلك و بالكيل والوزن والعدد فيما شانه ذلك ، فلو اقرضه كيس طعام غير معلوم الكيل ولا الوزن او صبرة كذلك لم يصح ولم يملكها المقترض « ١٤٧ » كلما تتساوى اجزاؤه في القيمة والمنفعة وتتقارب صفاته يصح قرضه و يثبت في الذمة مثله كالحنطة والشعير والذهب والفضة ونحوها وما ليس كذلك كالجواري واللئالي تثبت في الذمة قيمة .

الاحكام

« ١٤٨ » كل قرض يشترط فيه ما يجر نفعا عينا او منفعة اوصفة ربويا اوغيره كركوب دابة اوعارية متاع

او نحوه فهو ربا يحرم وضعا وتكليفا لايجوز المقترض التصرف فيه وهو مضمون عليه لقاعدة مايضمن . . . ولا يضر اشتراط الرهن فيه والاجل او الكفيل « ١٤٩ » لو باعه الشيء باضعاف بشرط ان يقرضه صح ولكن لواقرضه بشرط أن يشترى منه زائدا عن قيمته او يهبه لم يصح ، ولو أجل الحال بزيادة فهو ربا سواء كان قرضا او صداقا او ثمن مبيع او نحو ذلك ولو كان بصلح او جعالة ولواشترطه في عقد آخر فسد فان الشرط لايحلل الحرام نعم يصح اشتراطه في البيع ولو كان باضعاف القيمة وهو من الحل للتخلص من الربا

« ١٥٠ » يجوز تعجيل المؤجل باسقاط بعضه بابراء او صلح وهو المسمى بصلح الحطيطة وليس من الربا وكذا يجوز الصلح على تعجيل بعض بزيادة الاجل في الآخر (١٥١) لو تبرع المقترض باعطاء الزيادة للمقرض من غير شرط جاز ، فان خير القرض ما جرّ نفعا ، وانما يأتي الربا من الشروط وخير الناس أحسنهم قضاء ، واقترض النبي بكرا فرد بازلا ، « ١٥٢ » لا تصح قسمة الدين فلو كان لاثنين او اكثر مال على اثنين او اكثر فتقاسماه بان يكون لاحدهما ما في ذمة زيد وللآخر ما في ذمة عمرو لم يصح وكان الحاصل لهما والتالف عليهما « ١٥٣ » يصح بيع الدين المؤجل بحال على من عليه وعلى غيره بزيادة ونقيصة من غير جنسه او من غير الربوي والا فلا بد من المساوات ، وكذا يجوز بيع الحال بحال على غيره مع المساوات ان كان ربويا ومطلقا فى غيره ، اما بيع

المؤجل بالموجل فمع المساوات مشكل ، ومع عدمه اشكل .

« ١٠٤ » لو فقد الدائن اجتهد المدبون فى طلبه فان وجده والا فان حصل اليقين بموته ولو حسب العادة بعدم بقائه واختفى خبره فى تلك المدة وانه لو كان لبان دفع الدين لورثته وان لم يكونوا او تعسر دفعه الى حاكم الشرع .

« ١٠٥ » قيل ان من لا يستطيع الوفاء عادة يحرم عليه الاستقراض والاصح جوازه مع نية الوفاء سواء علم المقرض بفقره ام لا وان كان الاولى الترك ولا سيما مع عدم الضرورة اما مع عدم نية الوفاء فلا اشكال فى حرمته مطلقا فانه سرقة واختلاس ولا يملك المقترض المال فى هذه الصورة ويحرم عليه التصرف به .

« ١٠٦ » من كانت فى ذمته دراهم قرضا او ثمن مبيع او مهرا او غير ذلك فسقطت المعاملة بها فان بقيت لها قيمة يعتد بها فهي اللازمة عليه وان لم يبق لها قيمة فما يساويها قبل السقوط ، اما لو نقصت او زادت فالعين الا ان تكون الزيادة فاحشة ، ولعل المشهور لزوم العين مطلقا حتى مع السقوط مطلقا وهو بعيد .

الكتاب الرابع

في الوصية

(٢٥٧) الوصية نوعان — تمليكية وعهدية وترجع الاولى الى الثانية وهي اسم مصدر من اوصاه المزيد او وصاه المضاعف اي عهد اليه يعني جعل الامر في عهدته او عهد على نفسه بامر والى هذا تعود التمليكية فاصل الوصية العهد والتعهد.

(١٥٨) الوصية العهدية اعطاء شخص سلطـة بعد الموت على حقوقه الخاصة به لآخر، وهي التي ندب اليها الشارع وقال هي حق على كل مسلم ومن لم يحسنها عند موته كان نقصا في مروته والاصل فيها قوله تعالى: كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية — الى قوله عز شأنه: فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم.

ويعبر عن هذه السلطة تارة بالولاية واخرى بالاستنابة او الوكالة بعد الموت وقد تجب اذا كان عليه واجبات من ديون للمخلوق او الخالق لا يأمن ان تؤديها الورثة او برد ودائع او محافظـة على مال قصير ونحو ذلك مما يعود الى كل ماله السلطة عليه في حياته وما يعود الى حقوقه الشخصية حيا وميتا ومنه تمليكه بعض امواله لشخص آخر بعد الموت وهي الوصية التمليكية المعبر عنها بانها تمليك مجاني بعد الموت

فالتمليك منجز ولكن التملك معلق على الموت اما لو قال ادفعوا له او ملكوه بعد موتي فهي من العهدية واستيفاء البحث فى الوصية يستدعي قطع مرحلتين .

الاولى

فى الوصية التمليكية

واللازم النظر فى اركانها الاربعة . الموصي . والموصى له . والموصى به . والوصية . ﴿ ١٥٩ ﴾ الوصية عند المشهور عقد يحتاج الى ايجاب وقبول والحق انه برزخ بين العقد والايقاع كالوكالة ونظائرها فاذا اوجب الموصي وقبل الموصى له صارت عقداً واذا لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى لزمته وصارت ايقاعا ، والثمرة ضئيلة .

﴿ ١٦٠ ﴾ يكفي فى الايجاب من الموصي كلما دل على التمليك بعد الموت حتى الكتابة والاشارة من القادر فضلا عن العاجز فلو وجد كتاب بخطه او خاتمه ان فلانا وصي او ان داري مثلا لفلان بعد موتي وعلم انه اراد ذلك كفى ؛ واللفظ الصريح لفلان بعد وفاتي كذا او اعطوه بعد وفاتي كذا او اوصيت له بكذا .

﴿ ١٦١ ﴾ كذلك يكفي فى القبول كلما دل عليه من لفظ او فعل او اشارة بل يكفي عدم الرد الى موت الموصي فتملك الموصى له المال قهراً ولو رد فى الحياة ثم قبل ملك بالموت اما لو قبل بعد الرد

والموت فالمشهور انه لا يملك وكذا لو رد بعد الموت لم ينفع القبول بعده وفي الفرق تأمل .

« ١٦٢ » يعتبر في الموصي الكمال بالعقل والبلوغ فلا تصح من المجنون ولا من الصبي الا اذا بلغ عشراً وكان رشيدا ولا من المغمى عليه ولا من السكران ، والاختيار والحرية ، ان كانت الوصية بمال وعدم السفه والفلس الا مع اجازة المولى او الولي او الغرماء ومن احدث بنفسه ما يوجب هلاكه من جرح اوشرب سم ونحوها ثم اوصى لم تنفذ وصيته ولعله لدلالته على السفه ولو عوفي واستمر عليها نفذت :

[١٦٣] يعتبر في الوصي اي الموصى له ـ الوجود حال الوصية ، فلو اوصى لميت او معدوم او لما تحمله هذه المرأة او لمن يولد لفلان بطل ان كانت تمليكية وابتدائية اما لو كانت تبعية كما لو اوصى بها اولده الموجود ولمن يولد له صحت كما يصح في الوقف او عهدية كما لو اوصى بصوم اوصلوة عن ذمة ميت صحت ايضا كما تصح للحمل الموجود تمليكا ولا تستقر الا بانفصاله حيا كالارث فلو ولدته ميتا انكشف بطلانها والمدار على حين الولادة لا حين الوصية ولو تعدد قسمت بالسوية ولو اختلفوا بالذكورية والانوثية ولو مات بعد الولادة انتقلت الى ورثته ارثا لا وصية .

« ١٦٤ » يعتبر فيه التعيين ايضا فلو اوصى لاحد الرجلين بطل ان كان على التمليك اما على العهدية فلا مانع و يكون المعهود اليه

مخيرا في تعيين المعهود له ، ولو اوصى لنكرة ، كلي كفقير او الفقير صح وتكون عهدية والتخيير للوصي في المصداق .

﴿ ١٦٥ ﴾ يعتبر فيه الحرية ايضا فلا تصح الوصية لعبد غيره بناء على عدم ملكية العبد ولا تجدى هنا اجازة المولى ، وتصح الى مملوكه فتنصرف الى عتقه فان ساوت قيمته فلا شيء له وان نقصت سعى بالباقي للورثة وان زادت كان له الزائد كل ذلك حيث لاتزيد الوصية على الثلث والا وقفت على اجازة الورثة في الزائد .

(١٦٦) لاتصح الوصية في المعصية او ما يؤدي الى الاعانة على الاثم كالوصية للفاسق الذى يستعين على الفسق او الظالم الذى يستعين بها على الظلم او عمارة البيع والكنايس ونحوها وتصح الوصية للذمي وان كان غير رحم لا للحربي وان كان رحما .

﴿ ١٦٧ ﴾ اذا اوصى لذكور واناث واطلق فالتسوية وان قال على كتاب الله فبالتفاوت وان فضل اتبع حتى لو فضل الانثى ولو اوصى للاخوال والاعمام وفضل اتبع وان اطلق فالتسوية وان قال على كتاب الله فللاعمام الثلثان وللاخوال الثلث ، ولواوصى فى سبيل الله فلجميع اعمال الخير والتعيين للوصي والوصية لقرابته وعشيرته وقومه وارحامه وهكذا مرجعها الى العرف ، والى الفقراء ينصرف الى فقراء ملته ، والجار ساكن الدار مالكا او غيره ويرجع فى تعيينه الى العرف .

﴿ ١٦٨ ﴾ يعتبر في الموصى به كونه مملوكا له ولو بنحو الاستحقاق

او الاختصاص وقابلا للانتقال فلو اوصى بمال الغير عن نفسه بطل وعن الغير وقف على الاجازة ولا تصح بالوقف ولا بأم الولد ولا بحق القصاص ونحوه من الحقوق كما لا تصح بما ليس فيه منفعة محللة مقصودة للعقلاء اما لخسته كحبة حنطة او لحرمة الانتفاع به كآلات اللهو والقمار « ١٧٨ » لا يشترط وجود الموصى به حال الوصية فتصح بما ستحمله الدابة او الشجرة وبمنافع الدار في المستقبل مؤبدة او موقتة وتخرج المنافع من الثلث بتقويم العين مسلوبة المنفعة ثم تقوم بمنافعها ويكون التفاوت هو الموصى به ، ولا يعتبر فيه القدرة على التسليم فتصح بالعبد الآبق والمال الضايع بلا ضميمة ، ولا التعيين فتصح بالجزء المشاع وبالكلي ولو في المعين كصاع من صبرة او صاع من حنطة ، ولا المعلومية — فتصح باحد العبدين او بما في الصندوق وبالقسط والنصيب والقليل والكثير والتعيين للوصي او الوارث بما شاء ان لم يعلم ارادته لمقدار معين وكذا لو اوصى بالعشر من ماله او الجزء او السهم .

« المرحلة الثانية »

في الوصية العهدية

بمعنى الوصية اليه لا الوصية له واللازم ايضا النظر في اركانها الاربعة الوصية والموصي والوصي ومتعلق الوصية .

﴿ ١٦٩ ﴾ تتحقق الوصية هنا ايضا بكل مادل عليها من لفظ وغيره واللفظ الصريح جعلتك وصيا على اداء ديوني واخراج ثلثي وقيما على الصغار من ولدي اوانت وصي عني وامثال ذلك، والقبول كما سبق و يكفي عدم الرد فتكون ايقاعا .

﴿ ١٧٠ ﴾ يعتبر في الموصي جميع ما تقدم من البلوغ والعقل والرشد والاختيار والحرية فلا تصح من الصغير الا اذا بلغ عشراً واوصى بمعروف ولا من المجنون ولا من السفيه ولا من المكره ولا من العبد ولا ممن احدث بنفسه مايوجب هلاكه .

[١٧١] يعتبر فى الموصى اليه اي الوصي مضافا الى مايعتبر فى الموصى له من الوجود والكمال بالعقل والبلوغ والرشد والاختيار والاسلام والقدرة على القيام بالوصايا بل والعدالة على الاحوط وان كان الاقوى كفاية الوثوق بامانته وقيامه بالواجب فى الوصية وان كان غير عدل فى نفسه ؛ فلا تصح الوصية الى معدوم ولاالى المجنون ولا لصغير الا مع ضم كبير اليه فيتصرف واذا كبر الصغير ليس له حق الاعتراض اذا كان الكبير قدجاء بالوصايا على وجهها كما لا تصح الوصية الى السفيه والمكره والكافر مطلقا والعاجز الذي لايقدر على العمل ولو توكيلا او استيجارا كالمريض المدنف والشيخ الهرم والضعيف رأياً وتدبيراً وامثال ذلك ومن لايوثق بامانته وقيامه بالواجب .

﴿ ١٧٢ ﴾ انما تصح الوصية فى ثلث امواله وحقوقه المالية

كحق الخيار ونحوه و كافة حقوقه الشخصية مثل ولايته على اولاده الصغار وشئون تجهيزه كدفنه وتكفينه والصلوة عليه ووفاء ديونه ورد ودائعه والمطالبة بها واضراب ذلك .

﴿ ١٧٣ ﴾ لا تنفذ وصيته الا بالثلث فلو اوصى باكثر وقفت على اجازة الورثة ولو لم يكن له وارث الا الامام كان له ان يوصي بجميع ماله حيث شاء من وجوه البر ولا تتوقف على اجازة الامام اونائبه ، وكذا تنفذ وصيته فى عامة امواله فيما لايزاحم الورثة فى جهته المالية كما لو قسم اعيان امواله على ورثته وخص كل واحدمنهم بعين بمقدار حصته وخص ثلثه فى دار او بستان ونحوها مما لا تزيد على الثلث او باع عينا بثمن المثل منجزا او بخيار او اوصى ببيعها بعد موته بثمن المثل فان الجميع نافذ :

[١٧٤] كما ان الوصية برزخ بين العقد والايقاع كذلك هي برزخ بين الجواز واللزوم فما دام الموصي حيا فلكل منهما الرجوع حتى بعد قبول الموصى له اووليه اما لو رد فى حياة الموصي و بلغه واستمر الى ان مات الموصى فلا وصية وان قبل بعد الردو بلغ الموصي ولم يعدل الى غيره الى ان مات لزمته الوصية ، ولو اوصى شخصا او اوصى له ولم يعلمه الى ان مات لزمته حتى مع علم الموصي بانه لو اعلمه لرد ، ولو رد ولم يبلغ رده الى الموصي لزمته ايضا .

﴿ ١٧٥ ﴾ كل تصرف مالي منجز يخرج من مجموع المال حتى فى مرض الموت وحتى المحاباة كالهبة والعتق ونحوها وكل تصرف

مالي معلق على الموت كالتدبير والوقف والابراء والنذر ونحو ذلك تخرج من الثلث ، وكل تصرف بقصد منه حرمان الورثة او بعضهم او يجحف بحقهم فهو باطل و يعلم قصدالحرمان بقرائن الاحوال بنظر الحاكم والله العالم .

﴿ ١٧٦ ﴾ كذلك يخرج من مجموع التركة سواء كان قد اوصى ام لا ـ تجهيزاته الواجبة من كفن وغيره حتى السدروالكافور وتقدم على كل شيء حتى الدين للخالق او المخلوق ثم تخرج من الاصل ايضا حقوق المخلوق التي في ذمته قرضا او غيره مع حقوق المخلوق التي فرضها الخالق كالخمس والزكوة والمظالم والكفارات والجميع في رتبة واحدة واذا لم تف التركة وزعت بالنسبة كغرماء المفلس ومنها حجة الاسلام وما وجب من النذر من المستحبات المالية او الموقوفة على بذل مال كالحج والزيارة وماوجب عليه بالاجارة من صوم او صلوة ونحوها ، فالحقوق المالية تخرج من الاصل اتفاقا مطلقا ﴿ واما الحقوق البدنية ﴾ كالصوم والصلوة فقد يقال ان المشهور خروجها من الثلث فلو لم يوص سقطت والاصح انها تخرج من الاصل ايضا الا ان يوصي بخروجها من الثلث اما المستحبات فتخرج من الثلث اتفاقا لو اوصى بها او نذر الوصية بها .

﴿ ١٧٧ ﴾ اذا اوصى واطلق انصرف الى ارادة اخراج الثلث وان لم يصرح به واذا صرح او لم يصرح بمصارف الثلث فاللازم الرجوع الى حاكم الشرع حتى يوزعه على الحقوق المالية

والبدنية ان كانت عليه كما هو الغالب ولم يخرجها الورثة من الاصل كما هو المتعارف واذا لم يكن عليه واجبات يوزعها الوصي بنظر حاكم الشرع في المستحبات فانه اعرف باختلاف المقامات ورعاية المناسبات وتشخيص الاهم فالاهم ، واذا لم يف الثلث بالواجبات تعين اخذ التتمة من الاصل .

« ١٧٨ » اذا اوصى بوصايا متعددة فان تناقضت كما لو قال ثلثي لزيد ثم قال لعمرو فالعمل على الاخيرة و يكون عدولا والا تعين العمل بالجميع ، وان كان فيها واجب ومستحب قدم الواجب وان تأخر بالذكر وان كانت كلها مستحبات ولم يف بها الثلث ولم تجز الورثة قدم الاهم فالاهم فان تساوت قدم الاول فالاول فان تساوت كما لو قال لكل واحد من ارحامي مائة وزع عليهم وان لم يمكن فالقرعة كما لو علم الترتيب واشتبه .

« ١٧٩ » الثلث الذي يتعين لاخراج الوصايا منه يخرج من مجموع ما يملكه الميت قبل الوصية او بعدها حتى من الحقوق كحق التحجير والشفعة والخيار والقصاص وارش الجناية اذا كان وليا على المجني عليه فمات قبل الاستيفاء وامثال ذلك بل وحتى ما يملكه او يدخل في حكم ملكه بعد الموت كدية الخطأ بل والعمد مع الصلح اما دية قطع رأسه فهي له اجمع ، كالجناية عليه بعد موته وما يملكه بسبب سابق على الموت كما لو نصب شبكة للصيد او لاحق كما لو ابرأه الغرماء او تبرع متبرع بوفاء دينه .

(١٨١) ما يتلف من التركة قبل اخراج الثلث ان كان بتفريط الورثه فالضمان عليهم وان كان بتقصير الوصي فعليه والا فالتلف على الجميع حتى الثلث بالنسبة فيلحق النقص بالوصايا على نسبتها ايضا .

(١٨٢) اذا اوصى بما زاد على الثلث واجاز الورثة لم يكن لهم الرد بعد ذلك مطلقا حتى في حياة الموصي ولو اجاز البعض فقط نفذ في حصته كما يجوز للجميع اجازة البعض او البعض البعض ، اما الرد فلا اثر له في حياة الموصي ولهم الاجازة بعد موته ولو وقع بعد موته فلا اجازة بعده وهي تنفيذ لفعل الموصي لا ابتداء عطية من الوارث فلا تجري عليها احكام الهبة من اعتبار القبض وجواز الرجوع و ينتقل الملك فيها من الموصي الى الموصى له لا من المجيز فلو كان ممن ينعتق عليه لم ينعتق بالاجازة ، وهي كاشفة لا ناقلة ، ولا عبرة باجازة الصبي والمجنون اما السفيه والمفلس ففيه خلاف والعدم اقرب .

« ١٨٣ » لو اوصى بحرمان بعض الورثة من الارث ولدا او غيره لغت وصيته نعم يمكن حرمانه من الثلث ان تركه للورثة .

« ١٨٤ » اذا مات الموصى له في حياة الموصي فان رجع الموصي كان المال له ولورثته ولا حق لورثة الموصي له اصلا وان لم يرجع فالقاعدة وان اقتضت البطلان ولكن المشهور انتقال حق القبول للورثة لرواية قاصرة الدلالة والسند والعمل على المشهور ارجح بناء على ان القبول حق فينتقل الى وارثه وان كان لا يخلو من نظر ، وان مات بعد الموصي انتقل المال الموصى به الى ورثة الموصى له بناء على الانتقال

بموت الموصي مطلقا ولو قبل القبول والقبض ، والمدار على الوارث حين موت الموصي لا الموصى له ومن الموصي ينتقل اليهم لا الى مورثهم ثم اليهم وان كان الانتقال اليه ثم اليهم لايخلو من وجه ويظهر الاثر في وفاء ديونه منه وثلثه واستحقاق الزوجة منه وعدمه لو كان ارضا وغير ذلك من الثمرات .

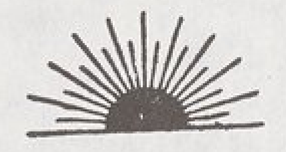
« ١٨٥ » الوصي امين فلا يضمن مايتلف بيده بغير تقصير منه ، ولو كان له دين على الميت جاز ان يستوفيه من دون بينة ولا مراجعة حاكم وكذا يقضي ديونه التي يعلم بها ورد ودائعه الى اهلها ورد المغصوب والعارية الى مالكه ، وان يشتري بالقيمة العادلة لنفسه وان يقترض من التركة وان يأخذ اجرة المثل لعمله ان كان مما له اجرة عرفا والاولى للغني ان يستعفف وللفقير ان يأكل بالمعروف والاحوط في جميع ذلك مراجعة الورثة في اكثر تلك الموارد كوفاء الديون ونحوها دفعا للتهمة ، وهو كالوكيل لايجوز له ان يتعدى مانص عليه الموصي وما حدده فان تعدى ضمن ومع الاطلاق فلا يتجاوز المتعارف وحيث لامتعارف عمل برأيه طبق المصلحة وليس له ان يوصي الى غيره الا اذا صرح له الموصي بذلك والا فالوصية بعده لحاكم الشرع كما انه لو فسق اوخان فالاحوط بل لعله أقوى رجوع الامر الى الحاكم فاما ان يضم اليه امينا واما ان يعزله الا ان يكون الموصي قد اشترط عدالته فينعزل بالخيانة والفسق قهرا ويستقل الحاكم بها .

« ١٨٦ » يجوز بل يجب للولي على الصغار او القاصرين لسفه ونحوه ان يجعل وليا عليهم بعد موته ولا تصح من الاب مع وجود الجد الجامع لشرائط الولاية ولا من الجد مع وجود الاب كذلك ولا من الام ولا سائر الارحام . اذا فقدا ولم يعينـا قيما فالولاية لحاكم الشرع لاغير وله الانفاق عليهم بالمعروف والقول قوله في الانفاق وقدره مع بقائه على الامانة ولا يضمن الا مع التقصير في قدره وتلفه وما انفق منه كل ذلك بيمينه اذا نازعوه بعد كبرهم ولا يدفع لهم اموالهم الا بعد ثبوت بلوغهم ورشدهم ، ولو ادعى الدفع فانكروه فالقول قولهم بيمينهم .

« ١٨٧ » عرفت ان منجزات المريض عند المشهور محاباة وغيرها تخرج من الاصل ولا تتوقف على اجازة الورثة وكذلك اقراراته مع عدم التهمة ، وعندنا ان المقامات تختلف فالاولى بل الاحوط الرجوع في مثل هذه المقامات الى حاكم الشرع لتشخيص ان صرف على حقيقته او الغرض منه الحرمان او شيء آخر فيعطي لكل نوع حكمه .

« ١٨٨ » قد عرفت رجحان الوصية او وجوبها ولكن الارجح او الاوجب للمؤمن ان يكون هو وصي نفسه ولا يتكل على غيره من قريب او بعيد فيأتي بكل مايمكن تنجيزه من وفاء ديونه واداء الحقوق التي عليه من خمس او زكوة او مظالم او غيرها و يقضي فوائته من الصوم والصلوة مع التمكن ورد الامانات الى اهلها

فان تعذر عليه شي من ذلك او كله عهد به موضحا ومفصلا الى ثقة امين ولا يوصي وصية مجملة مبهمة تستوجب حيرة الوصي وحاكم الشرع كما هو المتعارف في هذا الزمان خصوصا عند الاعراب واللازم على اهل العلم المترددين عليهم ان يعلموهم ويوضحوا لهم شئونها وما يلزم بيانه وما يصح مما لا يصح فيها فان الله عز شأنه ما اوجب على الجهال ان يتعلموا حتى أوجب على حملة العلم ان يعلموا ، وليكن هنا ختام مباحث الوصية سائلين من الحق تقدست عظمته ان يختم لنا بالحسنى و يجعلنا من خيرة الاوصياء والموصين والعلماء العاملين وهو حسبنا ونعم الوكيل



الكتاب الخامس

(في الوقف)

وقد جرت عادة الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيري بهذا العنوان الذي لم يرد التعبير به في الكتاب الكريم اصلا ولا في السنة والحديث الا نادرا وانما التعبير الشايع عنه في السنة واحاديث الائمة سلام الله عليهم هو الصدقة والصدقة الجارية ، وفي اوقاف امير المؤمنين والزهراء سلام الله عليهم هذا ماتصدق به علي وفاطمة ووردت اخبار كثيرة في فضله والحث عليه ولكن بعبارة (الصدقة الجارية) وانه لا ينفع ابن آدم من بعده الا ثلاث ولد صالح وعلم ينتفع به وصدقة جارية وقد استفاض هذا المضمون في اخبار اهل البيت (ع) ولكن المؤسف ان هذا المشروع الخيري قد انعكس وصارت الاوقاف الخيرية العامة اكلة والعوبة بايدي المتنفذين يستغلونها لانفسهم و ينفقون اكثرها في شهواتهم ، ولا حسيب ولا رقيب ولا سامع ولا مجيب ، اما الاوقاف الخاصة فقد صارت من اقوى اسباب الفتن والفساد والبغضاء والشحناء بين الاقارب ومن اشد دواعي تقاطع الارحام واثارة الدعاوى والخصومات بل كثيرا ماينجر الى خراب الوقف واضمحلاله فضلا عما يترتب عليه من تلف الاموال بل والنفوس ، كل ذلك من الجهل الفاشي وغلبة الحرص والاستئثار

ومصارع العقول (كما يقال) تحت بروق المطامع ، فلا حول ولا قوة

وقد عرفت في بعض الاجزاء المتقدمة — ان التمليك المجاني ان كان لا بقصد القربة فهو الهبة وان كان بقصد القربه او لزومها فهو الصدقة بمعناها العام وهي نوعان منقول وهو واجب ومستحب فالواجب الزكاتان زكوة الاموال المنوّه عنها بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الى آخرها ، وزكوة الابدان المشار اليها بقوله عز شأنه : قد افلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى ، والصلوة في الكتاب الكريم دائما او غالبا مقدمة على الزكوة الا في هذا المقام لان الفطرة يجب تقديمها على صلوة العيد ، اما المستحب فهي الصدقة المتعارفة كاعطاء درهم او كسرة خبز ونحوها للفقير ، واما غير المنقول كالدار والعقار ونحوها وهي ايضا نوعان فانه اذا اخرج العين من ملكه وملكها لغيره بقصد القربة والدوام فهو الوقف وان لم يملك الرقبة بل ملك المنافع فقط مدة معينة فهو الحبس وفروعه من العمرى والرقبى والسكنى — هذا على طريقة المشهور من ان الوقف اخراج عن الملك وتمليك للغير وجعلوا الفرق بينه و بين الحبس كالفرق بين البيع والاجارة ومن اجل هذا وقعوا في محاذير اشكل عليهم التفصي عنها ، والتحقيق عندنا ان الوقف ليس اخراجا عن الملك ولا تمليكا للغير بل هو تقييد الانسان ملكيته المطلقة ، فانت حين تملك دارك تملكها ملكية مطلقة صالحة للنقل والانتقال حسب ارادتك فتبيعها او تهبها وتفعل بها ماتشاء وحين اوقفتها او وقفتها قيدت

ملكيتك فلا تقدر على بيعها ولا رهنها ولا اي تصرف يتعلق برقبتها فهذه ملكية واقفه مقيدة وتلك متحركة مطلقة لان المالك قيد نفسه ومنعها بالوقف عن التصرف فيها من حيث النقل لا انه اخرجها عن ملكه نعم ملك منافعها لغيره فالوقف من هذه الجهة مثل التحبيس وانواعه وهذا المعنى هو المطابق تماما لما في الحديث النبوي (حبس الاصل وسبل المنفعة) نعم يفترق الوقف عن الحبس من وجهين « الاول » انه في الوقف منع نفسه عن التصرف بالعين مع بقائها في ملكه بخلافه في التحبيس فانه يتصرف بها كيف شاء « الثاني » انه ملك المنافع للغير في الوقف ملكية دائمة وفي التحبيس ملكية موقتة وبهذا التحقيق تنحل جملة من المشكلات التي سيأتي الاشارة الى بعضها ، ،

ثم ان مطلق الوقف على نوعين خاص – وعام – فالخاص ما كان على افراد معينين متعاقبين والعام ما كان على الجهات العامة كالقناطر والمساجد والمدارس و يلحق بالعام ما كان على كلي كالفقراء وطلاب العلوم .

واللازم النظر في احكام الوقف المشتركة بين جميع انواعه وبيان اركانه الاربعة صيغة الوقف – الواقف . والموقوف ، والموقوف عليه ، ثم الاحكام العامة فهنا خمسة فصول .

الفصل الاول

في الوقف وصيغته وشروطه

« ١٨٩ » المشهور اعتبار الصيغة الخاصة في الوقف فلا يصح بدونها واللفظ الصريح هو وقفت او تصدقت واختلفوا في كفاية مثل حبست وابدت والاصح كفاية كل لفظ يدل عليه ولو بالقرينة مع قصد معناه ولا يلزم العربية ولا الماضوية وتكفي الجملة الاسمية مثل قول القائل داري وقف قاصداً بها الانشاء ، وهكذا لو قال حبست داري وقصد الوقف مع القرينة .

« ١٩٠ » بناء على اعتبار الصيغة فلا يصح الوقف بالمعاطاة كما لو دفع الدار قاصدا انها وقف عليه نعم ذكر بعض الفقهاء انه لو بنى مسجدا واذن للناس بالصلوة فصلي فيه مسلم صح الوقف وصار مسجدا وهكذا في القناطر والخانات وامثالها من الخيرات العامة وكذا في مثل الحصر والبواري وكل مايلزم للمساجد والمشاهد من الآلات والاصح عندنا انها وقف عملي على الجهة ويصح بهذا النحو من المعاطات في مثل هذه الاشياء ولا يطرد في غيرها .

« ١٩٢ » المشهور ان الوقف عقد يتوقف على الايجاب والقبول، والقبول في الوقف الخاص يكون من المتولي وفي الاوقاف العامة من حاكم

الشرع ، والاصح عدم لزومه وان كان هو الاحوط والوقف على الصغير يكفي فيه قبول وليه .

« ١٩٢ » المشهور اعتبار القربه في صحة الوقف وخالف فيه السيد الاستاد قدس سره للاطلاقات والاقوى عندنا اعتبارها لما عرفت من ان الوقف صدقة والصدقة قوام حقيقتها بالقربة وبها تمتاز عن الهبة فقصد القربة في جميع انواع الوقف لازم وهي ممكنة حتى من الكافر .

« ١٩٣ » من شروط الوقف الركنية الاقباض وقد عرفت ان جميع التمليكات المجانية لاتحصل ولا تصح الا بالقبض وهو شرط الصحة فلو اوقف ومات الواقف او الموقوف عليه قبل القبض لم يكن لوقفه اي اثر و يكون ميراثا ففي الخبر كل مالم يسلم فصاحبه بالخيار وكل ما سلم فلاخيار فيه ، ولا يشترط في القبض الفور فيصح ولو اقبضه بعد مدة طويلة .

« ١٩٤ » اذا اوقف على اولاده الصغار يكفي نية القبض عنهم ان كان الوقف بيده والا احتاج الى قبض جديد ولو كان الوقف بيد الموقوف عليه او وكيله او وليه كفى ، ولو وقف مسجدا او مقبرة كفى في لزومه صلوة واحدة ودفن ميت واحد بقصد كونه مسجدا او مقبرة ، والوقف على الجهات العامة لابد فيه من قبض المتولي او حاكم الشرع او وكيله .

(١٩٥) من شروطه الركنية ايضا الدوام بمعنى عدم توقيفه بمدة قلت

او كثرت وهو داخل في حقيقة بمعنى جعل الملك واقفا لايتحرك ابدا وهو المائز بينه و بين الحبس الذي هو ايقاف منافعه مدة معينة

(١٩٦) او وقف على من ينقرض غالبا كما لو وقف على اولاده الصلبيين ولم يذكر من بعدهم فقيل يكون وقفا منقطع الآخر وقيل حبسا ثم يعود اليه او الى ورثته وقيل يبطل رأسا وخيرها اوسطها و يشكل عوده بناء على المشهور من خروجه عن ملك الواقف و ينحل على طريقتنا .

(١٩٧) ومن شروطه ايضا التنجيز فلو علقه على شرط كقدوم زيد او صفة كاول الشهر لم يصح على المشهور نعم لو علقه على صفة حاصلة كيوم الجمعة فاذا قال ان كان هذا يوم الجمعة فهو وقف صح

(١٩٨) ذكروا ان من شروطه اخراج نفسه من الوقف واستدلوا باخبار لا دلالة فيها وحيث ان حقيقة الوقف هو تغيير نحو الملكية فلا مانع من جعل ملكه واقفا عليه وعلى جماعة مخصوصة لاينتقل عنه وعنهم الى غيره فان تم الاجماع فهو والا فلا مانع .

(١٩٩) لو وقف على اولاده او على جهة عامة واشترط اداء ديونه من غلة الوقف فالمشهور البطلان وكذا لواشترط ادرار مؤنته لانه يعود الى الوقف على النفس واللازم هنا التفصيل بين ما لو وقفه ان عليهم وعلى ايفاء ديونه فيبطل الثاني فقط وان وقفه عليهم واشترط يؤدوا دينه او يقوموا بنفقته فالصحة ، ولواشترط ادرار مؤنة عياله او وفاء دينهم صح ولو كانوا واجبي النفقة ، ولا فرق بين كون الديون

للناس او حقوقا شرعية كالخمس والزكوة والحج ونحوها سواء اشترط اداءها في حياته او بعد مماته وكذا لو اشترط الزيارة او قرائة القرآن عنه او على قبره والوقف في جميع هذه الصور وقف خاص وليس من الوقف العام الخيري .

﴿ ٢٠٠ ﴾ اذا عين الواقف متوليا خاصا ولو نفسه تعين وان لم يجعل متوليا فالولاية في الوقف العام لحاكم الشرع وفي الخاص للموقوف عليهم فان تشاحوا ولم يتفقوا رجع الامر ايضا الى الحاكم ويجوز ان يعين مقدارا من غلة الوقف للمتولي ولو نفس الواقف وليس هو من الوقف على النفس بل على العنوان وهو حق التولية زاد عن اجرة عمله او نقص ولو عين له مقدارا كمائة درهم ولم تزد غلة الوقف على ذلك لوحظ اجرة امثاله واخذ بالنسبة وحق التولية جزء من الوقف لا استثناء من الوقف .

﴿ ٢٠١ ﴾ لا مانع من وقف العين من حيث بعض منافعها دون بعض فيوقف النخيل مثلا من حيث ثمرها لا من حيث حطبها وكربها والبقرة من حيث لبنها لا من حيث حرثها والكتاب من حيث المطالعة لا الاستنساخ فتبقى ما عدى الجهة الموقوفة على ملكه ولكن لا حق له في بيع العين وان كانت اكثر منافعها مملوكة له ، والوقوف على ما يقفها اهلها واف بصحة ذلك .

﴿ ٢٠٢ ﴾ الوقف على الجهات العامة كالمدارس والمنازل والفنادق للمسافرين ونحوها يجوز للواقف الانتفاع بها كسائر الناس اما الوقف

على العنوان مثل الفقهاء والفقراء وطلبة العلوم ان كان منهم او دخل فيهم فان كان الوقف على التوزيع اشكل دخولهم على المشهور وان كان على نحو الجهة والمصرف جاز على الاصح وكذا لو وقفه على امام المسجد ونحوه وصار هو امام المسجد .

« ٢٠٣ » ولو اشترط في الوقف عوده اليه عند حاجته فالمشهور صحة الشرط وقيل بالبطلان وقيل يصح حبسا وهو الاصح بناء على اعتبار التأبيد في الوقف و بناء على عدمه فالاول وفي بعض الاخبار دلالة على الثاني ولا يبعد حمله على الحبس لا البطلان مطلقا

الفصل الثاني

﴿ في شروط الواقف ﴾

[٢٠٤] يشترط فيه البلوغ والعقل والاختيار والحرية وعدم كونه محجورا لفلس او سفه ، وفي بعض الاخبار صحة وقف من بلغ عشرا كصحة وصيته وهو مع ثبوت رشده متجه ، و يصح وقف الكافر اذا حصلت منه نية القربة حتى لو كان على البيع والكنائس و بيوت النيران وامثالها .

الفصل الثالث

﴿ في شرايط العين الموقوفة ﴾

﴿ ٢٠٥ ﴾ يشترط في الموقوف ان يكون مما يمكن الانتفاع

به مع بقاء عينه فلا يصح وقف شيء من المنافع مثل سكنى الدار وركوب الدابة ولا وقف الاعيان التي لاينتفع بها الا باتلافها كاعيان المأكولات قاطبة والمشروبات ايضا ولا يصح وقف الدين مع بقائه على هذا العنوان ولا وقف الكلي فى ذمة الواقف لعدم الانتفاع به الا بتشخيصه ، ومناقشة السيد الاستاد قدس سره فى ملحقات العروة واضحة الضعف ، ولاحاجة الى الاجماع بل فى الاصل والقاعدة كفاية .

﴿ ٢٠٦ ﴾ لايصح وقف المجهول مطلقا فلو قال وقفت شيئا او دارا او عبدا لغي ولا وقف عبد من عبدين ودار من دارين ولا وقف الكلي فى المعين كمائة ذراع من هذه الارض كل ذلك للاصل وعدم عموم يصلح لشمول مثل هذه الفروض النادرة والمعلومية وعدم الجهالة معتبرة فى جميع العقود ومناقشات الاستاد لامحل لها .

﴿ ٢٠٧ ﴾ لاتضر الاشاعة فى صحة الوقف اجماعا مطلقا سواء وقف مشاعا فى المعين او مشاعا فى المشاع نعم لايصح الابهام كما لو وقف حصته فى داره .

﴿ ٢٠٨ ﴾ من شروط الموقوف ان يكون صالحا للملكية فلا يصح للمسلم وقف الخنزير مثلا ولو على الكافر نعم يصح من الكافر على الكافر وكذا لايصح وقف الاعيان التي لاقيمة لها اما لكرامته كالحر او لخسته كالكلب والحشرات وما يلحق بها من المستقذرات وان يكون مملوكا له فعلا فلا يصح وقف مال الغير الا على نحو

الفضولية ان قلنا بعمومها .

﴿ ٢٠٩ ﴾ من شروطه ايضا امكان اقباضه عادة لا امكانه ذاتا فلا يصح وقف الطاير فى الهواء وان كان مالكاله اذا كان مما لا يعود عادة ولا العبد الآبق كذلك ولو مع الضميمة وان صح بيعه معها ولا العين المغصوبة التي لا يقدر عادة على ردها لا هو ولا الموقوف عليه [٢١٠] يعتبر فى الموقوف ايضا ان يكون مما يبقى بعنوانه زمانا يعتد به فلا يصح وقف مثل الورد والريحان وامثالها مما لا تبقى الا زمنا قليلا .

﴿ ٢١١ ﴾ يعتبر فيه ايضا ان لا يكون مما يحرم اقتناؤه ويجب اتلافه كالاصنام وآلات القمار واللهو ، وان تكون المنفعة المقصودة بالوقف محللة فلا يجوز وقف الدار او الدكان لبيع الخمر او آلات القمار فيه والدابة لحمل الخمر والخنزير عليها .

﴿ ٢١٢ ﴾ يصح وقف الدراهم والدنانير اذا امكن الانتفاع بها منفعة محللة مع بقاء عينها ولكن لا يصح بعد وقفها الشراء بها ولا اقراضها ولا رهنها لان الوقف لا يصلح للنقل والانتقال نعم يصح اعارتها واجارتها ونحو ذلك مما لا يوجب نقل عينها .

﴿ ٢١٣ ﴾ يصح وقف مالا منفعة فيه فعلا ولكنه مستعد لها كالفسيل المغروس ونحوه نعم لا يصح وقف الخضروات ونحوها مما لا ينتفع به الا بجذاذه ﴿ ٢١٤ ﴾ يشترط في العين الموقوفة ان لا تكون متعلقة حق للغير فلا يصح وقف العين المرهونة ولا ام

الولد ولا المكاتب و يجوز وقف المدبر و يكون رجوعا .

الفصل الرابع

في شروط الموقوف عليه

(٢١٥) يعتبر ان يكون موجودا حال الوقف فلا يصح على المعدوم الذي يمكن وجوده كمن يولد له من هذه المرأة فضلا عن المعدوم الذي لا يمكن عادة وجوده ولا على الموجود الذي صادف موته حين الوقف بل ظاهرهم الاجماع على عدم صحة الوقف على الحمل مع انهم اجازوا الوصية له .

اما المعدوم فلعدم اهليته للملكية لانها عرض لابد له من موضوع موجود مضافا الى عدم امكان القبض و كذلك الحمل و المناقشات هنا مجال واسع ولكنك عرفت ان الاصل في كل مورد من موارد الشك عدم الصحة او العمومات قاصرة ، وهذه الفروع نادرة ، لم يرد بها سيرة ولا سنة فالعمل بما هو المشهور من عدم الصحة متعين .

(٢١٦) لو وقف على موجود ومعدوم صح في الموجود و بطل في المعدوم بمقدار حصته ، ولو وقف على موجود و بعده على معدوم او بدء بالمعدوم بطل في المعدوم بلا اشكال اما الموجود فقولان ولو قيل بالصحة حبسا في الاول بل وفى الثاني كان له وجه .

(٢١٧) يجوز الوقف على المعدوم تبعا للموجود فلو قال وقفته

على اولادي الموجودين وعلى من يولد لي صح بل لو قال وهم بعد وجودهم مقدمون فى الوقف على الموجودين صح ايضا كما يصح على اولاده نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن فيكون وقفا على الطبقات تشريكا او ترتيبا ، هذا هو الشرط الاول من شروط الموقوف عليه اعني الوجود [٢١٨] « الشرط الثاني » ان يبتدئ الوقف بمن له اهلية التملك حين الوقف فلا يجوز الوقف على المملوك بناء على عدم ملكيته ولا على الحربي ولا المرتد الفطري بناء على عدم اهليتهم للتملك وفى الجميع نظر ؛ وعدم جواز الوصية له كما فى صحيحة محمد ابن قيس « لا وصية لمملوك » لا يقتضي عدم جواز الوقف عليه الا على القياس الفاسد .

(٢١٩) « الثالث » التعيين فلا يصح الوقف على احد الشخصين او احد المسجدين ، وهو شرط فى عامة العقود بل وفى عامة الايقاعات لان معانيها كالاعراض الخارجية التي لا تحصل الا فى موضوعات متعينة ذهنا او خارجا ومفهوم احدها لا يتعين فيه اصلا فما اختاره الاستاذ قدس سره من الصحة غير سديد .

« ٢٢٠ » « الرابع » ان لا يكون موقوفا عليه لصرفه في المعصية او مع العلم بانه يستعين به على المعصية .

« ٢٢١ » يجوز وقف المسلم على الكافر بعنوانه الخاص لا من حيث كفره اذا لم يكن فيه اعانة له على المعاصي او مساعدة على الكفر سواء كان رحما ام لا ذميا او غيره لانه من البر والاحسان

المحبوب شرعا لمطلق الانسان بل حتى للحيوان المؤيد ذلك بكريمة قوله تعالى: لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ولا تعارضها آية لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله فان النهي عن المودة من حيث المحادة لا من حيث البر والاحسان او تأليف القلوب ونحوها من الجهات الراجحة عقلا وشرعا اما الوقف عليهم بالعناوين العامة كالفقراء او الغرباء ونحو ذلك مما علم قصد الواقف العموم فلا ينبغي الاشكال فيه .

الفصل الخامس

في الاحكام وفيه مقصدان

« المقصد الاول »

(في الالفاظ التي تقع فى كلام الواقفين وهي تتعلق بجهة الموضوع ولابد من)

تمهيد مقدمة

اعلم ان المدار فى الالفاظ التي يستعملها الواقف او الموصي او الواهب فى انشاء الوقف والوصية والهبة ونحوها انما هو على ماقصده المتكلم من اللفظ لا على ماهو الموضوع لغة او عرفا فاذا كان معنى الفقر مثلا لغة او شرعا هو من لا يملك قوت سنة وقصد الواقف منه

فى صيغة الوقف خصوص من لايملك قوت يومه فالوقف يختص بما قصده من لفظ الفقير لاماهو مدلوله شرعا او لغة وهذا هو المعيار لا فى الوقف واخواته فقط بل عليه المدار فى سائر العقود حتى البيع والاجارة واضرابها ولعله يندرج فى قولهم العقود تابعة للقصود ، هذا اذا علم مراد المتكلم وقصده من اللفظ حقيقة اومجازا او غلطا ، اما حيث لايعلم المراد فهنا تأتي قضية الوضع لغة او عرفا فان كان للفظ عرف خاص للمتكلم حمل عليه والا فالعرف العام والا فالمعنى اللغوي كل ذلك حيث لا قرينة حال اومقال تعين مراد المتكلم واذا كان له معنى شرعي ومعنى لغوي مثلا وتردد معنى اللفظ بينهما ولا قرينة صار مجملا يرجع فى القضية الى الاصول الموضوعية او الحكمية ولو وقف على الفقير وتخيل ان معناه لغة او عرفا هو من لايملك قوت يومه وكان معناه في الواقع عند العرف او اللغة من لايملك قوت شهره مثلا فان قصد الوقف على المعنى الذى تخيله تعين وان قصد الوقف على المعنى الواقعي وتخيله هو من لايملك قوت يومه من باب الخطأ في التطبيق فالوقف يكون على ماهو معناه واقعا لا ماتخيله فليس المدار على الواقع مطلقا كما في عبارة السيد الاستاذ « قده » بل يختلف الحال باختلاف نحو القصد واتجاهه فتدبره فانه نافع فى كثير من الموارد .

« ٢٢٢ » من وقف على الفقراء انصرف اللفظ الى فقراء ملته فالمسلم لفقراء المسلمين وهكذا بل الى فقراء مذهبه فالامامي الى فقراء

الامامية وهكذا الا ان يكون ظهور حال او مقال فى ارادة عموم الفقراء كما هو مقتضى وضعه و كذا لو وقف على فقراء قرية او بلد فان لم يكن فيها من ابناء مذهبه أحد مع علمه كان قرينة على العموم ومع عدم علمه فالارجح العموم ايضا والاحوط الانتظار .

« ٢٢٣ » الوقف على العنوان ان كان افراده محصورة فالظاهر ارادة التوزيع بالاستيعاب وان كانت غير محصورة فالظاهر ان الوقف على الجهة و بيان المصرف فيجوز حينئذ دفعه الى واحد او اثنين الا ان يكون المال كثيرا عرفا فاللازم صرفه على جماعة معتد بها وان لم يلزم الاستيعاب ولا المساواة بين الافراد كما فى المحصورين ولو كان للمتولي ولاية مطلقة فله الترجيح بالفضل والفقر فيأخذ بقاعدة ﴿ المعروف على قدر المعرفة ﴾ .

﴿ ٢٢٤ ﴾ اذا وقف على المسلمين فهو لكل من يدين بدين الاسلام من جميع المذاهب فى الفروع والاصول فيشمل الاشعرية والمعتزلة والامامية والظاهرية كما يشمل المذاهب الاربعة او الخمسة فى الفروع الا من انكر ضروريا من ضروريات الدين كوجوب الصلوة او الحج او محبة أهل البيت سلام الله عليهم او غالى فيهم فاتخذهم اربابا فان هؤلاء شر من اولئك فالجميع من النواصب والغلاة كفار وان انتحلوا الاسلام وشهدوا الشهادتين نعم يشمل المستضعفين من النساء والاطفال حتى المحكوم باسلامهم بالتبعية ولو كان الواقف ناصبيا اوخارجيا اوغاليا فلا يبعد شموله لابناء نحلته

وخصه بعض علمائنا بالمحقين من المسلمين اذا كان الواقف منهم وفيه نظر ؛ ولو وقف على الشيعة اختص اليوم بالامامية وان كان في الاصطلاح القديم يشمل الزيدية وغيرهم ممن يقول بامامة علي واولاده عليهم السلام كالاسماعيلية وغيرهم وان لم يقل بالاثني عشر نعم لو كان الواقف من غير الامامية يشمل ابناء نحلته قطعا وفى شمول غيرهم تأمل اقربه الشمول .

﴿ ٢٢٥ ﴾ اذا وقف في سبيل الله انصرف الى جميع انواع الخيرات والمبرات ووجوه البر ولا يختص بالجهاد ويكون التخصيص والترجيح لبعض دون بعض منوطا بنظر المتولي ولو استعان بمراجعة حاكم الشرع لتعيين الاهم فالاهم كان اولى

﴿ ٢٢٦ ﴾ اذا وقف على ارحامه او اقاربه دخل كل من هو من عشيرته واسرته عرفا واذا قال الاقرب فالاقرب فعلى طبقات الارث واذا وقف على اخوته دخل اخوة الاب والام والاخوة من كل منهما ولا يدخل اولادهم وكذا الاعمام والاخوال والاجداد والجدات ولو وقف على اولاده فالذكور والاناث بل والخنثى والجميع بالسوية الا ان يقول على مافرض الله فيجرى مجرى الارث وله ان يفضل الاناث على الذكور ولو وقف على البنين او البنات لم تدخل الخنثى ولو وقف عليهما دخلت بناء على عدم كونها طبيعة ثالثة ولو قال على اولادى اختص بالصلبي وقيل يعم ولد الولد والاصح الاعتماد على القرائن والا فالاخذ بالمتيقن لو تحقق الاجمال ولو قال على اولادى

واولاد اولادى تسلسل فى عقبه ، ولوقال على اولادى فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولادى فعلى الفقراء فهو وقف على الاولاد واولاد الاولاد تشريكا و بعد انقراضهم اجمع يكون للفقراء ولو وقف على من ينسب اليه لم يدخل اولاده عند المشهور ، والارجاع الى ما عند العرف اولى وهو يختلف باختلاف الاحوال والمحل وكذا لو قال على الهاشميين او العلويين وكذا لوقال على العلماء ففي بعض البلدان لاينصرف الا الى فقهاء الشرع وفى غيرها الى غيرهم او الاهم منهم .

« ٢٢٧ » لو وقف على زيد والفقراء فله النصف وقيل الثلث او الربع نظرا الى اقل الجمع والاول اقرب امالو وقف على زيد واولاد عمرو وهم محصورون فعلى الرؤس ويحتمل النصف وكذا لو وقف على اولاد زيد واولاد عمرو يحتمل الفرق بين هذا و بين قوله اولاد زيد وعمر ففي الاول التنصيف وفي الثاني على الرؤس والظاهر فى هذه الموارد ان الوقف على التوزيع المقتضى للتسوية لا المصرف .

﴿ ٢٢٨ ﴾ لو وقف على الجيران فالاخبار في التحديد مختلفة اربعين ذراعا او اربعين دارا من كل جانب والاصح ارجاعه الى العرف ومع الشك فالاخذ بالمتيقن والجار هو ساكن الدار لامالكها والقسمة مع الاطلاق بالسوية .

﴿ ٢٢٩ ﴾ الوقف على المساجد والمراقد يصرف في تعميرها مع

الحاجة والا ففي مصالحها من فرش وضياء ونحوه واذا عين مصلحة تعينت والوقف على ميت حيث يصح ففي واجباته او الخيرات عنه

« ٢٣٠ » اذا وقف على اولاده فان عين ترتيبا او تشريكا تعين واذا اطلق فالتشريك والمساوات حتى بين الذكور والاناث نعم لو قال على اولادي ثم على اولادهم فالظاهر الترتيب بينهما بل مطلقا ، ولو قال على اولادي طبقة بعد طبقة او نسلا بعد نسل وبطنا بعد بطن فقيل هو قيد الوقف فيقتضي الترتيب وقيل للاولاد فالتشريك والغالب ان الواقفين يريدون منه التابيد بقريبة قولهم بعدها الى ان يرث الله الارض ومن عليها ولا يدل على تشريك ولا ترتيب وعلى كل فان ظهر مراد الواقف تعين ومع الشك فالاطلاق يقتضي التشريك والاهمال يقتضي الاخذ بالمتيقن وهو الترتيب واعطاء الطبقة الاولى نصيبهم على فرض التشريك وقسمة الباقي بينهم و بين الطبقة المتأخرة بناء على الصلح القهرى متجه ، و لو قال في صورة الترتيب من مات فنصيبه لولده فاللازم مشاركته لاعمامه و يصير ترتيبا وتشريكا فالولد يشارك عمه ولا يشارك اباه ، ولو تردد الموقوف عليه بين شخصين او عنوانين فالقرعة او القسمة بينهما لقاعدة الصلح القهري وهو القاعدة في كل مال مردد بين شخصين او اشخاص محصورة هذا بعض الكلام في الموضوعات .

* * *

المقصد الثانى

في الاحكام

وفيه فصول : الفصل الاول

في التولي

« ٢٣١ » سبق ان للواقف ان يجعل التولية لنفسه . مباشرة او تسبيبا عند الوقف وان يجعل متوليا من بعده متسلسلا ومنقطعا واذا لم ينصب متوليا فى صيغة الوقف فهل التولية له او للموقوف عليهم او للحاكم اقوال والاصح بناء على بقاء العين على ملكيته انها له وعلى انتقالها فالموقوف عليهم ومع التشاح فللحاكم هذا في الوقف الخاص اما العام فلا اشكال في انها للحاكم الشرعي مطلقا ولكن الانتفاع بمثل الخانات والمساجد والقناطر والشجر للاستظلال لا يحتاج الى استيذانه وانما له الولاية على اصلاحها وحفظ شؤنها وما يوجب بقائها نعم فى مثل المدارس والفنادق ونحو ذلك لا بد من استيذانه ايضا

« ٢٣٢ » يجوز ان يجعل التولية لاثنين او اكثر اشتراكا او استقلالا فعلى الاول لا يتصرف احدهما الا بموافقة الآخر وعلى الثاني ينفذ تصرف السابق ومع الاقتران والتنافي ببطلان معا واذا مات اوجن احدهما يلزم الحاكم أن يضم بدله الى الآخر وعلى الثاني لا يلزم ولكنه الاحوط ومع الشك فى الاستقلال او الاشتراك

فان اطلق فالاستقلال ومع العدم فالاشتراك والاحوط الرجوع الى الحاكم ايضا .

« ٢٣٣ » ليس للمتولي ان يجعل متوليا في حياته ولا بعد مماته الا اذا جعل الواقف له ذلك في صيغة الوقف ولا يشترط فى المتولى العدالة الا ان يشترطها الواقف نعم لوظهر عجزه اوثبت عند الحاكم خيانته عزله ونصب امينا ، و يجوز للمتولي توكيل غيره الا اذا اشترط الواقف المباشرة ، ولا يجب على من جعله الواقف متوليا القبول بل له الرد ولكن اذاقبل لزمه العمل ، ولا يجوز للواقف ان يجعل التولية لمن يعلم بخيانته وعدم امانته ولو جعله متوليا رجع الامر الى الحاكم .

الفصل الثانى

﴿ فيما يصح للواقف شرطه ﴾

« ٢٣٤ » اذا شرط ادخال من يريد فى الوقف فالمشهور الصحة ولكن اذا شرط اخراج من يريد فالبطلان والاصح الصحة فى المقامين لعموم الوقوف على مايقفها اهلها ولبعض الاخبار الخاصة ، نعم لايجوز ذلك بدون الشرط فى عقد الوقف لانه تغيير للوقف بعد تحققه ولكن فى جملة من الاخبار ان له ذلك وهي مع اعراض المشهور معارضة بما هو اقوى منها فالمنع متعين .

« ٢٣٥ » الوقف لا يدخله شرط الخيار فلو شرط في الوقف ان له ان يرجع متى شاء بطل نعم له ان يشترط في الموقوف عنوانا كالفقر او العدالة فاذا زال العنوان زال الوقف عنه واذا لم يبق لذلك العنوان مصداق صار نظير منقطع الآخر فيرجع للوارث او ورثته وصرفه في وجوه البر او وقف آخر برضاهم اولى .

« ٢٣٦ » الشروط في الموقوف عليه ترجع الى عنوان الوقف فيزول الوقف بزوالها وكذلك الشرط في العين الموقوفة فلو وقف البستان بهذا العنوان او النخلة مادامت مثمرة ثم انقطع ثمرها او زال وصف البستان عن العين زال الوقف والتحقيق في امثال هذا انه ان ظهر منه اعتبار العنوان على نحو الشرطية صريحا او دلالة فالوقف يزول بزوالها وان اطلق فعرصة البستان باقية على الوقفية وكذلك الجذوع ولذا قالوا اذا انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف لانها من جملة الموقوف فينتفع بها على وجه آخر من زرع وغيره ولا فرق عندنا بين كون الارض خراجية او غيرها ، وكذلك المسجد اذا انهدم لا تخرج عرصته عن المسجدية وتجرى جميع احكام المسجد عليه .

« ٢٣٧ » المسجدية عندنا تحرير وهو معنى آخر غير الوقف فانه قد يعود ملكا باسباب ولكن الحر لا يعود الى الرق ابدا وكذلك المساجد والمشاهد والمشاعر لا تعود ملكا بوجه من الوجوه ومن الغريب جدا ماذكره الاستاذ « قده » من صحة جعل

منفعة الارض المستأجرة مائة سنة مثلا مسجدا وكذا جعل الارض مسجدا الى مدة ثم تزول المسجدية مع ان من القواعد المسلمة انه لاوقف الا فى ملك وانه لايصح وقف المنافع وان الوقف يقتضي التأبيد هذا فى الوقف وهو اهون من المسجدية التي هي تحرير مؤبد ، واغرب من ذلك تصريحه بجواز بيع المسجد في صورة خرابه او عروض مانع من الصلوة فيه واذا غصبه غاصب لايمكن انتزاعه منه وانه يجوز اخراجه عن المسجدية لوغاب عليه الكفارفيباع صونا لحرمته الى آخر ماافاده اعلى الله مقامه وكل هذا مخالف للقواعد المسلمة التي تكاد تكون من اصول المذهب وخلاف ماهو المعلوم من طريقة الشرع ضرورة ان كفران النعم ، وطغيان الامم وتمرد الناس عن احكام الشرع الشريف والدين الحنيف ، لايغير الاحكام الكلية والنواميس الثابتة الابدية هذا الى الاجماعات المحصلة فضلا عن المنقولة على عدم جواز بيع المساجد وعدم زوال المسجدية ابدا نعم يمكن في تلك الفروض النادرة وامثالها مراجعة حاكم الشرع الذي هو الولي العام لتخريج صورة يطبقها على القواعد من دون الخروج عليها والاصطدام بها والله العالم والحاكم وبه المستعان .

﴿ ٢٣٨ ﴾ الاوصاف كشروط فى الموقوف عليه وعناوين بزول الوقف بزوالها كما لو قال وقفته على اولادي الفقراء او العلماء اما الافعال فان جعلها اوصافا فهي كذلك ولو جعلها شروطا كانت الزاما فلو قال على اولادي المصلين فتارك الصلوة خارج ولو

قال بشرط ان يصلوا فالتارك عاص لله عز شأنه وللواقف ولكنه غير خارج عن الوقف .

« ٢٣٩ » اذا جهل مصرف الوقف فان كان مرددا بين اطراف محصورة فاما التوزيع على نحو الصلح القهري او القرعة ومع عدم الانحصار يجرى عليه حكم مجهول المالك من التصدق بغلته مع مراجعة الحاكم على الاصح ، اما لو علم المصرف وتعذر صرفه فيه فان كان وقفا خاصا والتعذر من جهة انقراض الموقوف عليه وكان الوقف علي من ينقرض غالبا بطل الوقف ورجعت العين الى الواقف او الى ورثته وان كان على من لا ينقرض عادة فاتفق الانقراض اوكان وقفا على الجهات العامة صرفت غلته في وجوه البر بنظر الحاكم ايضا

« ٢٤٠ » اذا آجر المتولي الوقف لمصلحة العين الموقوفة مدة طويلة ومات اهل الطبقة الاولى لم يكن للثانية فسخها بل ولا لمن بعدها ، اما لو آجرها هو او الطبقة المتقدمة لفائدتهم ثم ماتوا لم تنفذ في بقية المدة ولا يقاس هذا على مالك العين لو آجرها مدة طويلة ومات في اثنائها نعم تنفذ مع الاجازة وتبطل بالرد ويرجع المستأجر على ورثة البطن الموجر بالنسبة وتقدير اهل الخبرة .

الفصل الثالث

﴿ في عدم جواز بيع الوقف وصور الاستثناء ﴾

« ٢٤١ » من المعلوم ان اظهر خواص الوقف واهم احكامه

عدم جواز انتقاله بوجه من الوجوه و باى سبب من الاسباب العادية ولا يباع ولا يوهب ولا يرهن ولا يقسم ولكن ليس ذلك على سبيل العلية التامة كما فى المسجدية التي عرفت انها كالمشاعر مثل منى وعرفات ونظائرها وكل هذا تحرير من الخالق يوم خلق السموات والارض او من المخلوق المالك وامضاه مالك الملك ، وقد عرفت ان الحر لا يعود رقاً ابداً ، اما الوقف فعدم عوده ملكا على نحو الاقتضاء اي له ذلك بحسب طبيعته واقتضاء ذاته ولا مانع من عروض سبب اقوى فيرفع ذلك الاقتضاء ويرده الى اصله من جواز الانتقال او القسمة او التبديل ولكن لا يجوز ذلك الا بعد قيام الدليل القاطع والا فالاصل فى جميع موارد الشك هو عدم صحة النقل والانتقال في مطلق الوقف بخلاف الحبس بانواعه الثلاثة كما سبق و يأتي انشاء الله ، و بالجملة فالوقف قيد الملك وقد تعرض امور ترفع ذلك القيد عنه فاللازم ذكر تلك الامور التي سطع فيها الدليل الثاقب من نص او اجماع ، وهي امور تذكر ضمن المواد التالية

[٢٤٢] خراب العين الموقوفة بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالدار الخربة التي لا يمكن سكناها ولا تعميرها والحصير البالي والحيوان المذبوح وامثال ذلك فان امكن بيع البعض وتعمير الباقي به تعين والا فاللازم بيعها اجمع وحينئذ فان امكن ان يشتري بالثمن عينا ولو اقل من تلك العين وتوقف على نحو الوقف الاول تعين والا فان كان خاصا وزع على الموقوف وان كان

عاما فى وجوه البر .

« ٢٤٣ » (الثاني) سقوطها عن الانتفاع المعتد به بوجه لا يرجى عوده كما لو صارت البستان ارضا لا ينتفع بها منفعة يعتد بها بحيث لو بيعت و بدلت بعين اخرى كان انفع او مثل منفعة البستان وجواز البيع هنا غير بعيد وان كان خلاف المشهور ؛ واما قلة المنفعة فغير مسوغ للبيع عندهم اصلا .

« ٢٤٤ » « الثالث » اداء بقائه الى خرابه علما عاديا او ظنا قريبا منه بحيث يصل الى حال لا يمكن الانتفاع به اصلا او منفعة لا يعتد بها سواء كان للخلف بين اربابه او لسبب آخر فان بقائه فى هذه الصور مناف للغرض من بقائه فادلة المنع منصرفة عنها كل هذا مع العجز عن امكان تحصيل صورة لبقائه مع الانتفاع به من اجارته مدة لا يخشى عليه منها او بيع بعض واصلاح الباقي به .

« ٢٤٥ » الرابع وقوع الخلف بين اربابه احتلافا لا يؤمن معه من تلف النفوس والاموال مطلقا او تلف خصوص الوقف فيرجع الى الاولى والضابطة) ان كل مورد يكون بقاء الوقف مستلزما لنقض الغرض من بقائه فاللازم الحكم بجواز بيعه كما فى الصور المتقدمة والحكم بصحة البيع في غير ذلك مشكل نعم هنا ثلاث صور لجواز البيع ولكنها من قبيل التخصص والخروج الموضوعي لا التخصيص

الاولى ما اذا اشترط الواقف فى صيغة الوقف بقاء العنوان كما سبق ذكره فيما لو وقف البستان واشترط انها وقف ما دامت

بستانا فانها بزوال هذا العنوان يزول الوقف من اصله وتعود ملكا واذا باعها فقد باع ملكا لا وقفا وخرج موضوعا لا حكما (الثانية) اذا اشترط في صيغة الوقف ان له ان يبيعه عند قلة المنفعة او كثرة الخراج او عندما يكون بيعه اعود او عند حاجة الموقوف عليهم وقد يستدل له بحديث وقف امير المؤمنين عليه السلام ملكه في عين ينبع حيث يقول: وان اراد الحسن ان يبيع نصيبا من المال ليقضي به الدين فيفعل ان شاء ولا حرج عليه وان شاء جعله شروى الملك الى قوله: فان باع فانه يقسم ثمنها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله ويجعل ثلثا في بني هاشم وعبد المطلب وثلثا في آل ابي طالب - وبقاعدة الوقوف على مايقفها اهلها ولكن لادلالة في شيء منهما اما الحديث فلا ينبغي الريب في ان الامام عليه السلام لم يقصد الوقف وكيف يعقل اجتماع الوقف مع تجويز البيع للحسن متى شاء لا لحاجة ولا لضرورة بل تشهيا وكيفا وبالجملة فما تضمنه الحديث لايقول به احد في الوقف واقصى مايقوله القائل هو جواز البيع عند الحاجة لا مطلقا والحديث صريح فيما هو اوسع من ذلك فلا محيص من حمله على ارادة الصدقة بالمعنى العام لا الوقف بمعناه الخاص ومنه يعلم الجواب عن قاعدة الوقوف - فتدبره.

(الثالثة) ما لو اشترى حصة مشاعة من ملك فوقفها وشفع الشريك فيها فان الوقف يبطل ولو جعلها مسجدا وقلنا بجوازه فلا شفعة واذا وقع بيع الوقف فاللازم ان يشتري بثمنه المتولي ملكا ويوقف

على نحو الوقف السابق وذلك في الاربع الاولى اما لوزال الوقف كما في الصورتين الاخيرتين ففي الصورة الاولى والثالثة ترجع ملكا للواقف او لورثته وفي الثانية يكون حسب الشرط .

« ٢٤٦ » لاريب ان تعمير الوقف مقدم على حقوق الموقوف عليهم ولكن لودار الامر بين مراعاة البطن الموجود ومراعاة سائر البطون لو كما احتاج الوقف الى التعمير وتوقف على ايجاره مدة طويلة فهل يقدم تعميره باجارته وحرمان البطن الموجود منها مراعاة للبطون اللاحقة او يترك تعميره وتدفع الاجرة للموجود مراعاة لحقه وجهان اصحهما تقديم التعمير حفظا للوقف الذي بقاؤه اهم من حق البطن الموجود ولا فرق في ذلك بين اشتراطه تقديم التعمير اوعدم اشتراطه « ٢٤٧ » الاغراض والمقاصد قد تحور الالفاظ والجمل عن مداليلها وقد توسعها او تضيقها مثلا لو وكله على شراء الطعام وعلم الوكيل ان ليس غرض الموكل الا الربح والتجارة وان شراء الطعام فيه خسارة فاحشة وان الربح في شراء الغنم جاز له مخالفة نص الوكيل في شراء الطعام وليس للموكل اعتراضه بعد معرفة القصد والغرض وثبوت ذلك نعم لولم يعلم الغرض لم يجز التعدي ومثل هذا قد ياتي في الوقف فاذا علم ان غرض الواقف بقاء هذه العين لخصوصية فيها لكونها دار آبائه او كتابا أثريا يريد حفظه لم يجز بيعه الا اذا كان بقاؤه يستوجب تعجيل تلفه اما لو علم ان ليس غرضه بقاء ذات هذه العين بل الغرض ماليتها وانتفاع الموقوف عليهم بمنافعها

وغلتها فلو قلت منفعة العين عما كانت عليه و كان بيعها اعود وانفع يمكن القول بجواز بيعها واستبدالها بالانفع والاعود ولعل هذا وجه ماانفرد به الشيخ المفيد « قده » من جواز البيع لتبديله بما هو انفع واصلح وهو وجيه وربما يحمل عليه بعض الاخبار ولكن لا يصح هذا الابعد عرض القضية على حاكم الشرع وأحاطته بالموضوع ثم حكمه بالجواز والعدم ، وعلى هذا يتفرع جواز وقف مالية الشيء من حيث المالية لامن حيث العين ولكنه لو صح فليس هومن الوقف المصطلح ولا من الحبس المعروف بل هي معاملة اخرى ونوع من الصدقة بمعناها العام يمكن دعوى شمول العمومات لها على تأمل واضح

الفصل الرابع

« في قسمة الوقف وايجاره »

« ٢٤٧ » اذا كان المال مشتركا بين الوقف والملك جاز افراز الوقف عن الملك اتفاقا على قواعد القسمة المقررة في بابها ، اما قسمة نفس الوقف بين اربابه فالمشهور عدم الجواز مطلقا واستقوى السيد الاستاذ «قده» الجواز مطلقا وفصل بعض فاجازها مع تعدد الواقف والموقوف عليه كما لو اشترك اخوان في دار فوقف كل منهما حصته على اولاده ،،، واذا نظرنا الى طبيعة الوقف والادلة لم نجد فيها ما يمنع القسمة مطلقا والملاك الذي صح به قسمة الوقف عن الملك يجري

ايضا فى قسمة الوقف بين اربابه ، ودعوى انه خلاف وضع الواقف غير مفهومة وعهدتها على مدعيها ، نعم لو ظهر من الواقف اوعلم من حاله ارادة عدم تغييره او اشترط بقائه على هيئته اتجه المنع وحيث ان الغالب فى الواقفين الرغبة فى ذلك فالاحوط احتياطا لايترك عدم القسمة الا لمثل الاسباب الموجبة للبيع ، واذا استلزمت القسمة رداً فان كان من الوقف لم يصح وان كانت من الملك للوقف صحت وصار الملك وقفاً وان كان من مال الموقوف عليه فله ما يقابله

(٢٤٨) لا يجوز ايجار الوقف مدة طويلة يخشى عليه من تغلب الايدى وترتب اثر الملكية عليه ، هذا مع الاطلاق ولوشرط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة او سنتين فآجر المتولي اوالمرتزقة اكثر من ذلك بطل الزائد ولا تجدي الحيلة بايجاره عقوداً متعددة سنتين سنتين لانه خلاف غرض الواقف ، وان وافق لفظه وهو من جملة الشواهد على ان الاغراض تقيد الالفاظ

الفصل الخامس

« فيما يثبت به الوقف »

(٢٤٩) يثبت الوقف بالشياع المفيد للعلم وباقرار المالك اوذى اليد و بالبينة الشرعية ، و فى ثبوته بالشاهد الواحد و يمين المدعي خلاف وحيث ان دعوى الوقف ترجع الى المال من حيث تمليك

المنفعة فاللازم ثبوته بذلك بل وبشهادة النساء منضمة الى الرجل واذا كانوا جماعة فاللازم حلفهم جميعاً ولا يكفي حلف الطبقة الموجودة بل تحلف المتأخرة ايضا عند وصول النوبة اليها ومن لا يحلف فلا حق له ، ولا اثر للانكار بعد الاقرار الا اذا استند الى وجه معقول عند الحاكم « ٢٥٠ » لا يثبت الوقف بمجرد الكتابة على ظهر كتاب او فى ورقة ما لم يحصل العلم بصحتها او بحكم حاكم شرع فيها

(٢٥١) سيرة الطبقات على نحو مخصوص حجة اذا لم يعلم مخالفتها لجعل الواقف ، فان جعل الواقف كنص الشارع ، فلو كان وقف لم تعلم كيفيته وعمل المرتزقة على نحو خاص من ترتيب او تشريك او فى صرفه بمصرف معين وجب العمل على ذلك ما لم يعلم الخلاف « ٢٥٢ » لو ادعى الواقف بعد الوقف والاقباض كيفية مخصوصة او شرطا فان حصل العلم بصدقه فالعمل عليه والا فلا اثر له لانه صار اجنبياً واقراره اقرار بحق الغير ،

« ٢٥٣ » لو باع المتولي او الموقوف عليهم العين الموقوفة فان كان بامضاء احد حكام الشرع فهو نافذ ودليل على حصول المسوغ وان كان بدون ذلك فهو محتاج الى اثبات المسوغ فيجوز للطبقة اللاحقة انتزاعه من المشتري الى ان يثبت ولا اثر لليد هنا لانها يد وقف فلا تنهض حجة على ضده كما لا يجدي الحمل على الصحة فانه انما ينفع فى الاعمال المرتبة على الوقف لا فيما يضاد الوقف و ينافيه « ٢٥٤ » لو تعارضت يد الملكية الفعلية مع ثبوت الوقف سابقا

فهل يحكم بالوقفية و ينتزع من يد المتصرف اولا بل يحتاج الى اثبات الوقفية فعلا ، و المعروف عند الفقهاء فى امثالها ترجيح اليد الفعلية على الاستصحاب نعم لواقرذو اليد بانها كانت وقفا وعرض المسوغ فاشتراها هو او مورثه لزمه الاثبات ونؤخذ منه الى أن يثبت

الفصل السادس

﴿ في الوقف المجهول ﴾

(٢٥٥) اذا لم يعلم الوقف على الذكورفقط اوعلى الاعم منهم و من الاناث او علم الاعم ولم يعلم التشريك او الترتيب فان ثبت اطلاق فى كلامه او كتابته بان قال هو وقف على اولادي ولم يعلم انه قيده بالذكور او بالترتيب أم لا فالاطلاق يقتضي شموله لهما كما يقتضي التشريك وهكذا كلما شك فى قيد وعدمه فالاصل العدم اما اذا لم يحرز الاطلاق فاللازم الرجوع الى الاخذ بالقدر المتيقن فالنصف للذكور متيقن و النصف الثاني مردد بينهم و بين الاناث فاما القرعة واما القسمة بين الفريقين كماهو القاعدة فى كل مال مردد بين اثنين على قاعدة العدل والصلح القهرى وهذا هوالاصح فيكون للذكور ثلاثة ارباع الغلة وللاناث الربع ومثله الكلام فى الترتيب و التشريك ، نعم لو علم ان مراده من الوقف على اولاده المصرف لا التوزيع والاستيعاب كان الذكور هو القدر المتيقن و كذلك

الطبقه الاولى فى الشك بين الترتيب و النشر يك فيـلزم الاقتصار عليها ، ولو كان الشك على نحو الانحصار كما لو علم انه وقف عـلي الذكور فقط او الاناث فقط فقد يقال هنا بتعيـين القرعة ولكن الاصح عندنا ايضاقسمتة على الفريقين والقسمة هنا بالسوية بقاعدة العدل ايضا كما سبق

(٢٥٦) كل شخص يشك في انه من الموقوف عليه في وقف عام او خاص لاعتبـار قيد اوخصوصية فالاصل عدم كونه منهم فلو شك مثلا ان المدرسة موقوفة على طلبة الفقه او على عموم الطلاب فلا يجوز لغير طالب الفقه ان يسكن فيها وهكذا .

(٢٥٧) اذا وقف كتباً اوداراً على المشتغلين من ولده فاتفق عدم وجود مشتغل فيهم فان كان يرجى حصول مشتغـل فيهم بقى وقفا و يؤجر الى ان يحصل المشتغل ويدفع لهوان كان لايرجى صار من المنقطع الآخر والاصح ان ترجع القضية الى الحاكم فاما ان يجعله وقف لسائر المشتغلين او في وجوه البر اوغير ذلك من المصالح العـامة او يرده ملكا لبعض الخصوصيات المقامية ،

(٢٥٨) اذا كانت بعض الاعيان الزكوية وقفـا كالانعام الثلاثة او النخيل لم يجب الزكوة فيها على الموقوف عليهم حتى لو بلغت حصة كل واحد منهم النصاب اما ثمراتها فان كانت موقوفة مع امهاتها فكذلك والا وجبت فيها الزكوة اذا بلغ نصيب كل واحد منهم النصاب ، اما الاوقاف العـامة كالوقف علي الفقراء ، فان كان

على نحو الشركة والاستيعاب ففي عائدها الزكوة عند حصول تمام الشرايط لكل واحد منهم وان كان على نحو المصرف فلا يجب الا اذا بلغت حصة كل واحد منهم النصاب بعد القسمة و القبض مع اجتماع الشرايط واذا انحصر الموقوف عليهم في عدد معين كواحد يكون هو المالك فتجب عليه الزكوة اذا اجتمعت الشرائط .

الفصل السابع

﴿ في الحبس وانواعه ﴾

(٢٥٩) انواع الحبس ثلاثة . رقبى ، وعمري ، وسكنى ، والجميع يشترك في ان فائدتها التسليط على المنفعة مجانا مع بقاء الملك للمالك و يفترق بعض عن بعض ببعض الخصوصيات والتحبيس يعم الجميع فالسكنى تختص بما يسكن من دار ونحوها وهي من حيث الامد عامة و العمري والرقبى خاصان من حيث الامد والوقت ، فالعمري ما قرنت بعمر احدهما او عمر اجنبي والرقبي ما قرنت بامد يرتقب انتهاؤه ، وهما عامان من حيث الموضوع فيعمان ما يسكن وغيره كالعبد و الدابة و الفرش :

(٢٦٠) يشترط في هذه الانواع مضافا الى الشرايط العامة من العقل والبلوغ والرشد والاختيار والملك وعدم الحجر — الايجاب والقبول والقبض ان كان على شخص اواشخاص اما على الجهات العامة كما لو حبس عبده على خدمة المساجد او المشاهد فلا يعتبر

قبول ولا قبض بل يتحقق بالايجاب مع النية وقصد التقرب ، فيقول في الايجاب اسكنتك داري مدة عمرك او مدة عمري او عشر سنين فان لم يعين واطلق صحت وكان للمالك الفسخ والرجوع متى شاء

الاحكام

اذا تمت الشرائط كان كل واحد منها لازما الى الامد المجعول في الصيغة فان كان زمانا معينا كعشر سنين ومات المالك في اثنائها انتقلت العين الى ورثته مسلوبة المنفعة بقية المدة وان مات المحبس عليه انتقلت بقية المدة الى ورثته ، وان كان الامد عمر المالك فمات انتهى التحبيس وانتقلت الى ورثته وكذلك ينتهي بموت المحبس عليه وان كان الامد عمره وفي صورة العكس تنتقل العين مسلوبة المنفعة وتنتقل المنفعة لوارث المحبس عليه وفي صورة الاطلاق وعدم تعيين امد تبطل بموت كل واحد منهما

(٢٦١) اطلاق السكنى يقتضي سكناه بنفسه ومن جرت عادته بالسكنى معه كزوجته وولده وخادمه وضيفه وليس له ان يسكن معه اجنبيا ولا باجرة ولا مجانا ، وللمالك ان يتصرف في رقبة العين المحبسة بانواعها كيف شاء من انواع التصرف بيعاً وهبة وغيرهما اما الرهن فمشكل واما الاجارة فان كان بالنسبة الى ما بعد الامد فجائز واما بالنسبة الى مدة الحبس التي نقل المنفعة فيها الى غيره فباطل الا اذا ملكه المنفعة مطلقا فهو فضولي

خاتمة

تشتمل على ثلاث كلمات لناشر هذا الكتاب

(الاولى)

ان هذا الجزء الخامس المتضمن لما يسمونه اليوم ﴿ الاحوال الشخصية ﴾ قد كتبه مؤلفه سماحة الامام على نحو الايجاز والادماج وباساليب المتن وفيه فروع كثيرة ومواد غزيرة يحتاج الى الشرح والبسط والاستنباط والتحليل مع الاشارة الى المدارك والدليل فيكون من انفس الكتب في بابه

وقد استوفى هذا الجزء على اختصاره عامة ابواب الاحوال الشخصيه عدا كتاب الارث ولعل سبب اهماله ان عامة مسائله متفق عليها بين الاماميه وفقهاء المذاهب ومواضع الخلاف محدودة معروفه — كمسئلة العول والتعصيب والحبوه وحرمان الزوجة من الارض وامثالها مما لعله لا يبلغ العقد الاول مضافاً الى كثرة ما الف فقهاء الا ماميه في الفرائض والمواريث من الرسائل الموجزة والمبسوطه فضلا عما اشتملت عليه كل المتون والشروح المستوعبة لسائر كتب الفقه من اول العبادات الى اخر الحدود والديات وقد الفت في هذا العصر رسائل مخصوصه في الفرائض والمواريث مثل رسالة (احسن الحديث في الوصيا والمواريث) لحجة الاسلام العلامة الاوحد

الشيخ احمد آل كاشف الغطا « قده » شقيق سماحه الامام فانه على وجازته من احسن مارشحت به اقلام الاعلام من المتاخرين واوسع من هذا واجمع مالفه معالى الوزير الحاج محمد حسن كبه دام علاه في كتابه الواسع (الاحكام الشرعية) فانه يغادر صغيرة ولا كبيرة من فروع المواريث الا احصاها مع الاتقان وحسن التحرير ووضوح الجداول ومتانتها التى تسهل المصاعب وتقلل المتاعب وتحلل المسائل الحسابية من اقرب الطرق واسهلها وقد طبع هذا الاثر الجليل سنة ١٣٥٠ في مطبعة العماره وطبعت رسالة «احسن الحديث» المتقدمه في مطابع النجف سنه ١٣٤١ فمن اراد الايجاز كفته هذه الرسالة ومن اراد البسط فعليه بذلك الكتاب

« والقصارى » ان هذا الجزء الخامس الملحق « بتحرير » المجلة قدحوى على اختصاره تحقيقات عميقه ومباحث رشيقه هى من مبتكرات رشحات يراعه الفياض ، ويدلك على ذلك مقدمه كتاب النكاح فقد ابدع فيه غاية الابداع وابدي الحكمه فى مشروعيته وفلسفه الاهتمام به والوجه في تسمية الرجل المتزوج زوجا وقد كان فردا اوضح كل هذا با جلى وجه واعلى بيان فطالعه بدقة وامعان ، حتى تتذوق حلاوته.

﴿ الكلمه الثانيه ﴾

ان سماحه المؤلف ذكر في اخريات الجزء الاول كالوعد بان يتعرض في الاجزاء التاليه لبعض القواعد العامه التى ذكرها

(نجيم المصري) في كتاب « الاشباه والنظائر » ولكن كان هذا في بداية العمل يوم كان البناء على توسعة هذا المؤلف الى ستة اجزاء او ثمانية وحيث ان الاوضاع العالمية وازمة قلة الحاجيات وارتفاع اسعارها ارتفاعا فاحشا وفوق الحسبان قد حالت دون تلك الاماني واقتصر على ذكر الاهم فالاهم من تحرير المجلة وملحقها وعلى العلات فقد تدارك ذلك والتي علينا نبذة من القواعد التي استنبطها من متفرقات ابواب الفقه وكلمات الفقهاء ولم يتفق او يتوفق لاستخراجها وجمعها سواه ، ونحن اكمالا للفائدة وحرصا على جميع عوارفه وطرائفه نذكرها هنا سردا كي تنضم الى القواعد التي استدركها على المجلة واوردها في اوليات الجزء الاول ولكن اكثرها مسطورة في كتب فقهاء الامامية ، اما هذه فاكثرها من مبتكراته وقد يوجد بعضها في كتب بعضهم ونحن نذكرها غفلا من غير تعليق ولا تنسيق وهي قواعد نفيسه ونافعه يسترح اليها الفقيه والمتفقه في استخراج حكم كثير من الفروع الجزئيه التي ينطبق عليها قاعدة من تلك القواعد الكليه والتخريج والتطبيق ، موكول الى اهل الفضل والتحقيق ، وهي ايضا محتاجة الى الشرح والتوضيح

١ الدواعي لا تقيد الاسباب

٢ كل وقف زال نفعه ، جاز بيعه

٣ كلما جاز اجارته جاز وقفه · ومالا فلا

٤ كل من ادعى مالا بلا معارض فهو له وان لم يكن له

الا في موارد

٥ كل من يقبل قوله فلابد معه من اليمين

٦ حكم التحالف فسخ اوتراد اوتقسيم

٧ الحرام لايحرم الحلال

٨ الرضاع يحرم سابقا ولاحقا

٩ كل مقبوض باذن الشارع او المالك لا يضمن الا بالتعدي

وكل مقبوض بدون احدهما مضمون مطلقا

١٠ الضمان اشغال ذمة نفسه عن الغير ، والحوالة اشغال ذمة الغير عن نفسه

١١ لا يمين على المدعي الا في ثلاثة مواضع ، الاستظهار ، اليمين المردودة القسامة

١٢ كل وطي بلا عقد ولازنا فمهر المثل ومع العقد والتسمية فالمسمى والافمهر المثل ، الزاني باغي ولامهر لبغي

١٣ كل عقد اووطي لذات بعل اومعتدة مع العلم بالحكم والموضوع يوجب التحريم الابدي بخلاف العقد وحده مع الجهل

١٤ كل طلاق ليايسة اوصغيرة اوقبل الدخول فلا عدة له

١٥ كل من مات عنها زوجها فعليها العدة مطلقا

١٦ كل مال مردد بين افراد فان كانت محصورة فالقرعة اوالقسمة صلحا وقهريا والافهو مجهول المالك

١٧ كل وصي ليس له ان يوصي لغيره الا مع اذن الموصي

١٧ كل وصي ليس له ان يوصي غيره الا مع اذن الموصي

١٨ كل وقف ومال ميت لا ولي له فالولاية لحاكم الشرع

١٩ الولاية في كل حسبة لحاكم الشرع او ماذونه .

٢٠ كل متولي ينعزل بالخيانة .

٢١ كل من نصبته الامانة عزلته الخيانة

٢٢ كل قاصر فولايته لابيه وجده الا من عرض له السفه او الجنون بعد بلوغه فولايته لحاكم الشرع .

٢٣ ولاية الاب والجد عرضية ينفذ السابق ومع الاقتران والتنافي فالبطلان .

واذا الحقنا هذه القواعد بالقواعد التي استدركها سماحة الامام على المجلة فى الجزء الاول وهي اثنان وثمانون يبلغ المجموعة مائة قاعدة وخمس ، وبضميمة الملخص من المائة قاعدة المذكورة فى اصل المجلة البالغة خمس وار بعين بعد ارجاع بعضها الى بعض وحذف المكرر يبلغ المجموع مائة وخمسين قاعدة كلية يرجع اليها الفقيه فى كثير من الفروع ويستريح اليها ونجد هذه القواعد قليلة الالفاظ كثيرة المعنى غزيرة المادة وهي تشبه ما وجدناه له فى بعض مجاميعه من الكلمات القصار المبنية على الحكم العالية والمعارف السامية وفصاحة الاسلوب وبراعة اللفظ ــ مثل قوله دامت بركاته ــ لولا سبق الوجود على العدم لما وجد شيء .

وهذه الجملة تنطوي مع وجازتها على اقوى براهين التوحيد واسمى قواعد الفلسفة العالية واثبات الصانع يعرف ذلك اهله ومثل قوله يستطيع الانسان ان يصير ملكا ، ولا يستطيع الملك ان يصير انسانا .

ومثل قوله : القوة في الحق وليس الحق فى القوة .

واعلى من هذا قوله دام ظله : الحق اعمى حتى تأتي القوة فتقوده .

وقد ابتكر هذا المعنى ابتكاراً وصاغه ابدع صياغة واصاب به هدف الحقيقة .

ومثل قوله : خلق الله الاكل للانسان وما خلق الانسان للاكل .

وقوله : النعم اذا شكرت كرت ، واذا كفرت فرت .

الى كثير من نظائر هذا مما لا مجال لأحصائه هنا ، وانما ذكرنا هذا القبس من ذلك النور على سبيل النموذج والطليعة وكل مؤلفاته تشهد بما منحه الله من براعة الانشاء وسحر البيان الذي بذفيه السابق واللاحق وتفرد بذلك في عصره وحيث ان جميع مؤلفاته ممتعة وعالية وجدنا من تمام الفائدة وكمال المنفعة الاشارة الى كل واحد منها وبيان المطبوع منها وغير المطبوع وتاريخ طبعه والبلد التي طبعت فيه كل ذلك في ضمن هذه :

« الكلمة الثالثة »

ورتبناه على ابواب العلوم

الباب الاول مؤلفاته

في علم الحكمة والفلسفة والقصائد

(١) الآيات البينات

يشتمل على ثلاث رسائل رد الطبيعية ، نقض فتاوى الوهابية ، مزخرفات البهائية .

طبع في مطابع النجف سنة ١٣٤٥

« ٢ » الدين والاسلام .

طبع الاول والثاني منه فى مطبعة دار السلام بغداد سنة ١٣٢٩ ثم صودر القسم الاكبر منهما ايام سلطة الاتراك وولاية ناظم باشا على العراق ثم طبع ثانيا في صيدا الاول ثم الثاني في ما بعد الثلاثين والف وثلثمائة .

« ٣ » الدين والاسلام الجزء الثالث والرابع لم يطبعا واكثر موادها موجودة .

« ٤ » اصل الشيعة واصولها طبع فى صيدا مرتين ونفذت نسخها ولو طبع عشر مرات لنفذ لشدة الطلب . ويوشك ان يطبع الطبعة الثالثة

« ٥ » المراجعات الريحانية جزآن طبع الاول في بيروت والثاني في صيدا حدود ١٣٣١

« ٦ » التوضيح جزآن طبع الاول فى صيدا والثاني فى بغداد

سنة ١٣٤٧

« ٧ » الميثاق العربي الوطني طبع في النجف

فهذه عشرة مجلدات مطبوعة كلها فى الحكمة والعقائد واصول المعارف .

اما غير المطبوع منها .

« ١١ » الدروس الدينية . رتبه دروساً فى العقايد لطلاب مدرسته واشار فيه الى الادلة باسلوب بديع .

« ١٢ » حواشي على الاسفار والهداية الأثيرية .

« ١٣ » حواشي على العرشية ورسالة الوجود له ايضاً .

﴿ الباب الثاني ﴾

مؤلفاته فى علم الفقه والاصول .

المطبوع منها .

« ١ » حاشية مفصلة على تبصرة العلامة طبعت في بغداد سنة ١٣٣٨ بسمي جماعة من الذين رجعوا اليه بالتقليد فى ذلك العهد .

« ٢ » سؤال وجواب في الفتاوى الفقهية طبعت فى النجف سنة ١٣٥٠ ثم طبعت ثانياً سنة ١٣٥٥

« ٣ » وجيزة الاحكام دورة فقه تامة وكمتن من المتون الفقهية ورسالة عملية للمقلدين طبعت في النجف سنة ١٣٦٠

« ٤ » حاشية على عين (الحياة) الفارسية لاخيه المرحوم حجة الاسلام الشيخ احمد رضوان الله عليه طبعت فى الهند

سنة ١٣٤٥

« غير المطبوع »

شرح مبسوط على « العروة الوثقى » لاستاذه حجة الاسلام آية الله السيد محمد كاظم الطباطبائي برز منه الى المبيضة مجلدان كتاب الطهارة و كتاب الصلوة فيه تنقيح وتحرير للادلة الفقهية باسلوب بكر وتحرير بديع .

« ٦ » حاشية مبسوطة على مكاسب الشيخ الاعظم الشيخ مرتضى الانصاري قدس سره فى المكاسب المحرمة و البيع والخيارات .

« ٧ » حواشي وفتاوى على العروة الوثقى ايضاً يرجع اليها المقلدون .

« ٨ » حواشي على كتاب (سفينة النجاة) لاخيه المتقدم وهو كتاب جليل دورة فقه تام وقد علق عليه سماحة الامام وهو مجلدان كبيران طبع الاصل فى النجف سنة ١٣٣٨ ولم يطبع التعاليق عليه الى الآن .

« ٩ » رسائل متفرقة فى جملة من مشكلات الفقه .

﴿ علم الاصول ﴾

غير المطبوع

« ١ » (تنقيح الاصول) متن على نحو الكفاية وفيه تحرير جديد لفن الاصول .

« ٢ » حواشي على رسائل الشيخ المرتضى الانصاري اعلى الله مقامه .

« ٣ » حواشي على كفاية استاذه آية الله الخراساني اعلى الله مقامه .

« ٤ » رسالة فى الجمع بين الاحكام الظاهرية والواقعية وصاحب الحكم .

« ٥ » حواشي على القوانين والفصول .

﴿ فن الادب وعلوم العربية ﴾

« ١ » سحر بابل وترجمة الاعلام والافاضل طبع في صيدا سنة ١٣٣١ والمقدمة وجميع مافيه من التراجم هي من قلمه الفياض وكذلك تعاليق السيد الحبوبي المطبوع في بيروت بذلك التاريخ ورساطة القاضي الجرجاني .

غير المطبوع

« ٢ » مغني الغواني عن الاغاني اختصر كتاب الاغاني لابي الفرج الاصبهاني عشرين جزءاً في مجلد واحد كبير واختار منه كل مافيه من شعر بديع وقصة رائعة بحذف الاسانيد والمكررات وقدم له مقدمة بارعة والحق به فوائد جليلة ، وفى الحق انه كنز من كنوز الادب وهو موجود في مكتبته العامة مبيضاً بقلمه الفنان .

« ٢ » مجموعة منتخبة من شعره الذي انشأ في عصر الشبيبة قبل ان يراهق وسماه (الاحسن من شعر الحسين)

« ٣ » منتخب من شعره فى سفره وحضره الذي انشاه بعد العشرين من عمره الى الثلاثين وسماه (المصريات والمصريات)

« ٤ » (نهزة السفر ونزهة السمر) رحلته الى سوريا والحجاز بقصد الحج سنة ١٣٣٩ وهي مجموعة مشحونة بالفوائد العلمية والمطارح الادبية .

« ٥ » تعاليق على امالي السيد المرتضى المطبوع فى مصر الطبعة القديمة .

« ٦ » تعاليق على ادب الكاتب لابن قتيبة وشرحه للسيد البطليوسي فيها تحقيقات نفيسة في العربية .

« ٧ » مجموعة فيما اختاره من الاشعار القديمة والحديثة والخطب البليغة و الكلمات القصار من الائمة المعصومين من فارسي وعربي ابتدء بجمعها سنة ١٣٢٠

وقال فى مقدمتهـا بعد الحمد والبسملة ؛ هذه الكناشة مما جمعه بقلمه العبد محمد الحسين آل كاشف الغطاء عند التماس ترويح النفس واجمام الخاطر ، وتمحيض الذوق مما لم اعتمده قصداً ، ولاقصدته نوآ وانما جاء عفوآ ، وحصل اتفاقا فاني كنت عند سبر بعض الاسفار و تقليب بعض المؤلفات الادبية ، اذا استحسنت شاردة أو ظفرت بنادرة من ابيات حكمة او عظة بالغة او نسيب يلعب بالالباب قيدت شاردها حذراً من ان تند عن الخاطر الى آخر ما نق راعه .

« ٨ » مجموعة ثانية ابتدء بجمعها سنة الثلاثين بعد الالف والثلثمائة عند سفره الى مصر والحجاز وفيها مضافا الى الشعر الرائق العالي تحقيقات دقيقة ومباحث عميقة فى الحكمة والعرفان والتصوف باللغتين العربية والفارسية .

« ٩ » ثالثة مبوبة ذات فصول وعناوين سماها طرائف الحكم

« ١٠ » رحلتـه الى ايران لزيارة الامام الرضا عليه السلام سنة ١٣٥٢

« ١١ » رسالة سماها (عقود حياتي) ذكر فيها ترجمة حياته وما شاهد فيها من الحوادث المهمة من العقد الاول الى بدء العقد السابع .

« ١٢ » مجموعة كبيرة واسعة سماها (دائرة المعارف الصغرى) جمع فيها انفس ما سئل عنه في الحكمة والكلام ، واسرار الشرائع والاحكام وفلسفة الاسلام مضافا الى الفتاوى الفقهية التي سئل عنها مع اجوبتهـا الضافية ، وهذه المجموعة من انفس مجاميعه وهي بحر متلاطم الامواج .

﴿ الكتب التي ترجمها من الفارسية الى العربية ﴾

« ١ » كتاب (فارسي هيئة) فى الهيئة القديمة وكان يدرس في النجف بعد (تشريح الافلاك) للشيـخ البهائي نقله الى العربية احسن نقل حتى كأنه من رأسه .

« ٢ » رحلة (ناصر خسرو) العلوي من وطنه بلخ الى

الحجاز سنة ١٣٣٧ وتمام سفره الى سبع سنوات مر على عواصم الاسلام كمصر وسوريا وفلسطين ووصفها ابدع وصف وقد ترجمها سماحته باختصار .

« ٣ » رسالة (حجة السعادة . في حجة الشهادة) تأليف (صنيع الملك) الفها بطلب مخدومه (السلطان ناصر الدين شاه) حيث اقترح عليه ان يشرح له وضعية العالم والممالك والامم فى سنة احدى وستين التي وقعت فيها حادثة الطف مع ذكر الشهادة ووصفها من كتب الاجانب فجمع واتقن وابدع فيما جمع .

وقد نقل سماحته جملة مهمة منها مع المحافظة على الاصل .

الخطب

لو جمعت جميع خطبه التي ارتجلها في المجتمعات العامة والنوادي الحافلة والجموع المحتشدة ، لجائت باكبر كتاب يشتمل على اكثر من مائة خطبة وكان سماحته اذا رقى المنبر ينصب مثل السيل المنحدر بافصح بيان يخترق الاسماع الى القلوب ويخلب الالباب ولا ينقطع باقل من الساعتين اوثلاث في سفره الى المؤتمر الاسلامي في القدس لم يدخل عاصمة من عواصم الاسلام إلا واجتمع الناس عليه وخطب عليهم الخطب البليغة من بغدادوالشام وبيروت وصيدا وصور وحيفا وجنين والقدس ذهابا وايابا وخطب عند رجوعه من المؤتمر في الحسينية الكبرى فى الكرخ الليلة الرابعة من شهر رمضان زهاء اربعة ساعات وكان ذلك النادي الحسيني قد غص بالمستمعين

من اكابر الرجال ثم خطب في كربلا كذلك وفى النجف فى المسجد الهندي ثم في شوال في مسجد الكوفة وعلى هذا المنوال سفره الى ايران لزيارة الرضا عليه السلام فقد خطب في همدان وشيراز والمحمرة وعبادان والبصرة والناصرية والديوانية والحله ولكن من الاسف انه لم يطبع من تلك الخطب النفيسة إلا النزر القليل نذكرها فيما يلي :

﴿ خطبة فلسطين التاريخية ﴾

طبعت في بيت المقدس رجب سنة ١٣٥٠

﴿ خطبة الاتحاد والاقتصاد ﴾

في جامع الكوفه

طبعت منفردة فى النجف شوال سنة ١٣٥٠

ثم طبعت هي وخطبة فلسطين فى البصرة ثانياً .

﴿ الخطب الاربع ﴾

طبعت في النجف فى مطبعة الراعي سنة ١٣٥٣

﴿ نبذة من السياسة الحسينية ﴾

القاها كخطبة في بيان الحكم والاسرار التي توخاها سيد الشهداء سلام الله عليه بحمل عيالاته المخدرات وتعريضهن للسبي وهي فريدة في بابها وقد طبعت فى النجف مرتين ونفذت .

ثم فى هذه السنوات الاخيرة تدافع تيار علمه بهذه الاصداف المشحونة باللآلئ المكنونة وهو كتاب ﴿ تحرير المجلة ﴾ الذي

هو « حق » مفخرة من مفاخر هذا العصر شرع في الجزء الاول سنة ١٣٥٩ ثم تلاه الثاني سنة ١٣٦٠ والثالث ١٣٦١ واتم الرابع والخامس سنة ١٣٦٢ وكان الطبع والنشر مساوقا للتأليف فكان تمام تأليفه مع تمام طبعه .

ومن يتدبر في الاوضاع العالمية هذه السنوات وارتباك الافكار فيها وقلق النفوس وذهول الالباب وتعسر عموم الحاجيات خاصة ادوات الطبع ولوازمه من الورق وغيره لايشك بأن تاليف مثل هذه الموسوعة وسرعة نشرها في هذه الظروف القاسية ممتدين من عناية ازلية ومدفوع بيد غيبية وان همم الرجال تقلع الجبال ، نعم ومن يتدبر كثرة مؤلفاته التي تربو على الثمانين مما ذكرناه وما لم نذكره لعدم عثورنا عليه فان له مؤلفات هو حريص على كتمانها حسب الظروف ، نعم من يستقصي تلك النفائس الجليلة مع كثرة اشغاله اليومية من تدريس وفتوى وحل الخصومات والمرافعات من النجف وخارجه واقامة الجماعة وامثال ذلك من الاعمال التي لا محيص له عنها ، ولا معول على سواه فيها .

والشهرة بلاء . وقديما قيل : لايزال الرجل لنفسه فاذا عرف كان لغيره ، من نظر الى هذه النواحي من المواهب وانصف يتجلى له ان هذه الشخصية المباركة من الطراز الاول من الاساطين كالشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي الذين لم تزل آثارهم منشورة ، وخدماتهم للدين مشكورة ، وفي بعض الكتب

السماوية : (من ءاثارهم تعرفونهم) وهذه آثاره النافعة ، وثماره اليانعة . سارت مسير الشمس فى اقطار الارض . فهو ادام الله بركات وجوده من افذاذ الدهر ونوابغ العالم واليه المفزع في المشكلات . ويحق ان تكون له الزعامة الدينية . وتقتصر عليه المرجعية العامة في عموم المسلمين فضلا عن هذه الطائفة . وما ذكرنا ذلك الا مصارحة بالحق وخدمة للحقيقة . والله الموفق للصواب ومنه المبدء واليه المآب

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣١	١١	العده أو	العدة الرجعيه أو

جدول خطأ وصواب الجزء الخامس

صحيفة	سطر	خطأ	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١٠	٣	ولاحرمة	ولاحرية	١١	٦	ثيبا	بكراً
٢٣	١٥	اعتبار الحكم	اعتبار الاذن الحكم				
٢٤	١٨	لو تزوج المسلم مسلمة	المسلم على مسلمة				
٢٨	١٤	من أهلها وبلدها مهر	قرانها من اهلها				
٣٣	١٧	فابتغوا	فابعثوا	٥٧	١٩	فتملك	فيملك
٧٣	٢٠	توقيفه	توفيته	٧٤	١	حقيقة	حقيقته
٧٤	١٩	تؤدوا	ان يؤدوا	٧٥	٢	الزيادة	الزيارة
٧٦	٢	دخولهم	دخوله	٧٨	٢	اقباضا	اقباضه
٧٩	١٢	او	اذ	١٣		بها	بما
٨٠	١٤	لاتبعين	لاتعين	٩٢	٢٠	الموقوف	الموقوف عليهم
٩٥	٦	لوكا	كما لو	٩٧	١	الواقف	الوقف
١	٢	وان	ان	١٠٣	٢	تشل	تشتمل
١٠٣	٢٠	الوصيا	الوصايا	١٠٤	٤	يغادر	لم يغادر
١٠٩	٤	القصايد	العقائد				

صفحة ٥٨ ٤ فالمشهور انه لايملك وكـذا ـ الى آخرها

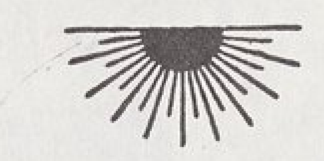
هذه العبارة لاتخلو من تعقيد والصور كثيرة تنشأ من القبول والرد وتعاقبهما قبل الموت و بعده منفردين اومركبين تخرج احكامها بالتأمل .

فهرست

ابواب الجزء الخامس

الملحق بتحرير المجلة

صفحة

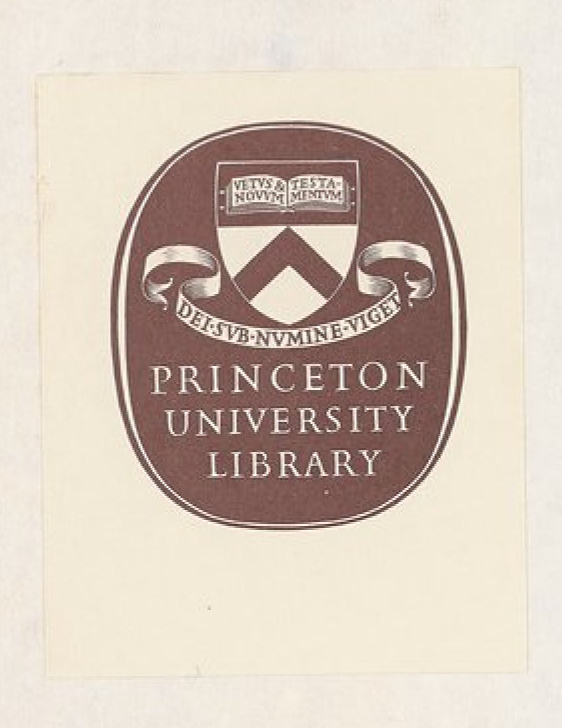


﴿ تدارك ﴾

نبهنا بعض الفضلاء على مقالات في الحكمة العالية لسماحة المؤلف الامام كاشف الغطاء وقد نشرت بعضها بعض الصحف « منها » مقالة ضافية في « وحدة الوجود » و بيان النوع الصحيح منها من النوع الباطل نشرتها صحيفة « الجامعة الاسلامية » للفاروقي التي كانت تصدر في يافا « ومنها » مقالة في « العقول العشرة » عند المشائين وعدم تناهيها عرضية وطولية عند الاشراقيين « ومنها » مقالة في القاعدة المعروفة عند الحكماء من ان « الواحد لا يصدر عنه الا واحد » و بيان البرهان عندهم عليها . وقد نشرنا بالفارسية في ذيل بعض رسائله الفقهية مع مسائل اخرى مهمة

« ومنها » مسئلة الحركة الجوهرية وابتناء اثبات المعاد الجسماني عليها لم تنشر

وله دامت بركاته من هذا القبيل ينابيع غزيرة بابدع بيان واقوى برهان ولكنها من العلم المخزون عن غير اهله


VETUS & NOVUM TESTAMENTUM
DEI SUB NUMINE VIGET
PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY